Die Urheberbenennung im geltenden Recht und ihr Ursprung

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Arthur Schönfeld

aus Festenberg,

Referendar bei der Kgl. Staatsanwaltschaft Breslau.

GEB. UNIV. BAY. BIBL.

Approbiert am 1. Mai 1908.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1908.

194

Referent: Univ.-Professor Dr. **Oertmann.**

Meiner Braut

Fräulein Lotte Rynarzewski

zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0064

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

Erster Abschnitt:

Die Urheberbenennung im geltenden Recht.

§ 2. Erstes Kapitel: **Das Wesen der Urheberbenennung** 3

Zweites Kapitel: **Die Voraussetzungen der Urheberbenennung.**

§ 3. a) Allgemeines 9

b) Das Anwendungsgebiet der Urheberbenennung.

§ 4. A. Die Fälle des § 76 ZPO. 10

I. Die Klagen, die sich gegen den Besitzer einer Sache als solchen richten 10

II. Die Behauptung des Beklagten, auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. genannten Art zu besitzen 21

§ 5. B. Der § 77 ZPO. 25

§ 6. C. Der § 9 Abs. 4 des Warenzeichengesetzes 27

§ 7. Drittes Kapitel: **Form und Zeit der Urheberbenennung** 30

Viertes Kapitel: **Die Wirkungen der Urheberbenennung.**

§ 8. a) Eine Prozeßeinrede für den Beklagten 35

§ 9. b) Die Rechte des Beklagten bei der Weigerung des Benannten den Prozeß zu übernehmen 36

§ 10. c) Die Prozeßübernahme durch den Benannten 40

Zweiter Abschnitt:

Der Ursprung der Urheberbenennung.

Erstes Kapitel: **Die historische Wurzel der Urheberbenennung.**

§ 11. a) Die herrschende Lehre: römisches Recht 47

§ 12. b) Die Lehre A. Sigmund Schultzes: deutsches Recht 56

§ 13. c) Die Entstehung der herrschenden Lehre 61

Zweites Kapitel: **Die weitere Entwicklung in Deutschland.**

§ 14. a) Das gemeine Recht 64

§ 15. b) Die Urheberbenennung in den partikularen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen 66

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. München 1904.

Archiv für bürgerl. Recht. Herausgegeben von Kohler-Ring-Oertmann. Bd. 20.

Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 3 S. 87.

v. Bethmann-Hollweg, Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts. Bd. 4.

Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse. Leipzig 1859.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1892.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904.

Deutsche Juristenzeitung. 3. Jahrg. 1898.

Engelmann, Der deutsche Zivilprozeß. Breslau 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 10 S. 22; Bd. 32 S. 54.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 7. Aufl. München 1906.

Fitting, Der Reichszivilprozeß. 11. Aufl. Berlin 1903.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1. 8. und 9. Aufl. Tübingen 1906.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts. Jena 1895.

Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum. Jena 1817.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1897.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 8. Erlangen 1807.

Gönner, Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses. Erlangen 1801.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 5 S. 17, 42.

Hahn, Die gesamten Materialien für die Zivilprozeßordnung. Bd. 1: Motive. 1881.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. München 1885.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1 u. 2. Leipzig 1903 u. 1907.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.

Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1905.

Heim, Die Hauptintervention. München 1907.

Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena 1907.

Hübner, Der Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit. 1893. In Gierkes Untersuchungen Heft 42.

Iherings Jahrbücher. Bd. 38, 44.

Juristische Wochenschrift 1884.

Kannengießer, Die prozeßhindernde Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der nominatio auctoris. Leipzig 1878.

Kent, Das Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12. 5. 1894. Berlin 1897.

Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1905.
Koch, Der preußische Zivilprozeß. Berlin 1848.
Koch, Anleitung zur preußischen Prozeßpraxis. Teil 1. Berlin 1860.
Krug, Die Urheberbenennung. In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 20 S. 299 f.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Kühtmann, Die Romanisierung des Zivilprozesses in der Stadt Bremen. In Gierkes Untersuchungen Heft 36. 1891.
Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.
Lenel, Palingenesia iuris civilis. Bd. 1.
Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft. München 1906.
Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 1898.
Marcus, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft. Breslauer Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig 1906.
Meyer, Herbert, Entwertung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
Meyer, Hermann, Anleitung zur Prozeßpraxis. Berlin 1902.
Neukamp, Handkommentar zur Zivilprozeßordnung. Göttingen 1900.
Petersen, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Lahr 1904.
Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht. 3. Aufl. Berlin 1906.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 4, 5, 8, 15.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 8, 12.
Schmid, Das Warenzeichenrecht. Leipzig 1899.
Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel gegen Rechtsnachfolger. Breslau 1891.
Schultze, August Sigmund, Privatrecht und Prozeß in ihren Wechselbeziehungen. Teil 1. Freiburg i. Br. 1883.
Seuffert, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 9. Aufl. München 1905.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 56.
Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. u. 4. Aufl. Bd. 3: Sachenrecht. München 1907.
Struckmann-Koch, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. Berlin 1901.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. Berlin 1905.
Thiele, Die laudatio auctoris im römischen Recht. Breslauer Inaugural-Dissertation 1900.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.
Weismann, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Bd. 1. 1903.
v. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. Berlin 1895.
Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. Aufl. Leipzig 1878.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wirsing, Über das Wesen und die prozessuale Natur der nominatio auctoris nach gemeinem Recht. Würzburg 1848.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 2, 3, 13.

§ 1.

Einleitung.

Unter der zusammenfassenden Bezeichnung „Beteiligung Dritter am Rechtsstreite" behandelt die Zivilprozeßordnung im 3. Titel des Abschn. 2 des 1. Buches: Hauptintervention, Nebenintervention, Streitverkündung und Urheberbenennung. Diese Behandlung der vier Institute unter der genannten gemeinsamen Rubrik ist vom systematischen Gesichtspunkt aus unrichtig. Denn unter einer „Beteiligung Dritter am Rechtsstreit" ist nur folgendes zu verstehen: An einem schwebenden Rechtsstreit beteiligt sich ein Dritter, ohne daß ein Parteiwechsel erfolgt. Diese Begriffsbestimmung trifft nur auf die Nebenintervention und auf die Streitverkündung insofern zu, als durch die Streitverkündung eine Nebenintervention herbeigeführt werden soll. Denn der Nebenintervenient tritt in einen zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreit zum Zwecke der Unterstützung einer Partei als Nebenpartei ein, beteiligt sich also als Dritter am Rechtsstreit (§ 66 Abs. 1 ZPO.). Eine solche Beteiligung liegt nicht bei der Hauptintervention vor. Diese ist begrifflich eine gegen beide Parteien eines schwebenden Prozesses gerichtete Klage, mittelst deren der Kläger die Sache oder das Recht, worüber der Rechtsstreit zwischen den Beklagten anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt[1]) (§ 64 ZPO.). Von einer Beteiligung des Hauptintervenienten am schwebenden Rechtsstreit kann daher keine Rede sein; um einen neuen, zweiten Rechtsstreit handelt es sich bei der Hauptintervention.[2])

Am wenigsten aber trifft die Überschrift „Beteiligung Dritter am Rechtsstreit" auf die in den §§ 76 u. 77 ZPO. geregelte Urheberbenennung zu. Zunächst handelt es sich hier um keine Beteiligung am Rechtsstreite; der Beklagte scheidet aus dem

---

[1]) Heim, Die Hauptintervention S. 21.

[2]) Hellwig, Lehrb. Bd. 2 S. 476; A. S. Schultze in der Zeitschr. f. d. ZPr. Bd. 2 S. 31; Heim S. 22.

schwebenden Rechtsstreit aus, der Benannte tritt an des Beklagten Stelle in den Rechtsstreit ein. Es hieße aber die Bedeutung der Urheberbenennung gründlich verkennen, wollte man in dieser Möglichkeit der Prozeßübernahme durch den Benannten das Wesentliche erblicken. Als nicht im geringsten wesensverwandt steht die Urheberbenennung den übrigen Instituten des gleichen Titels schroff gegenüber. Im Vordergrunde steht bei der Urheberbenennung ihre Bedeutung als eine dem beklagten Besitzer gewährte Rechtswohltat, eine Einrede, und darum ist es gar nicht möglich, sie mit Hauptintervention und Nebenintervention auf eine Stufe zu stellen. Die Urheberbenennung ist gleichsam eine Ergänzung von Vorschriften des materiellen Rechts. Darum finden wir sie auch in der älteren Gesetzgebung mitunter nicht nur im Prozeßrecht, sondern auch im materiellen Recht behandelt.[3])

Im zweiten Teile der Arbeit soll der Versuch gemacht werden, den Ursprung der heutigen Urheberbenennung zu ermitteln. Für diese Aufgabe schien mir die Anlage: Darstellung der geschichtlichen Entwicklung *nach* der Darstellung des geltenden Rechts, zweckmäßig und logisch zugleich. Im scharfen Gegensatz zur herrschenden Lehre soll hier die Ansicht vertreten werden, daß die historische Wurzel der Urheberbenennung nicht im römischen, sondern im deutschen Recht zu suchen ist. Zur Widerlegung der herrschenden Lehre aber erschien es notwendig, zunächst die rechtliche Natur, Voraussetzungen, Form und Wirkungen unseres Instituts im geltenden Recht darzustellen, und erst dann auf dieser Grundlage ist die Erforschung des Ursprungs möglich. Denn wer suchen und finden will, muß stets genau wissen, *was* er suchen soll.

---

[3]) vgl. z. B. BGB. für das Königreich Sachsen v. 2. 1. 1863 §§ 320, 324, 534; badisches Landrecht v. 3. 2. 1809 Art. 1727; allgem. BGB. für das Kaisertum Österreich v. 1. 6. 1811 § 375; ALR. I, 7 §§ 165, 166.

Erster Abschnitt.

Die Urheberbenennung im geltenden Recht.

Erstes Kapitel.

§ 2.

Das Wesen der Urheberbenennung.

Zur Feststellung der rechtlichen Natur der Urheberbenennung genügt es den § 76 ZPO. zugrunde zu legen, da § 76 ja auf die übrigen Fälle der Urheberbenennung, § 77 ZPO. und § 9 des Warenzeichengesetzes v. 12. 5. 1894, entsprechende Anwendung zu finden hat.

Nach § 76 ZPO. ist der Besitzer einer Sache, wenn er in seiner Eigenschaft als Besitzer verklagt ist, berechtigt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, wenn er behauptet, die Sache auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen, und wenn er dem mittelbaren Besitzer vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung über die Richtigkeit seiner Behauptung ladet. Bestreitet der Benannte die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten oder verhält er sich überhaupt ganz passiv, so hat der Beklagte die Wahl, den Rechtsstreit weiterzuführen oder dem Klagantrage zu genügen. Gibt aber der Benannte die Richtigkeit der Behauptung zu, so ist er berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten den Rechtsstreit an dessen Stelle zu übernehmen; der Beklagte scheidet damit aus dem Rechtsstreite aus, ist auch auf seinen Antrag durch Urteil von der Klage zu entbinden. Diesem Parteiwechsel auf der Beklagtenseite kann der Kläger nur insoweit widersprechen, als es sich um Ansprüche persönlicher Natur gegen den Beklagten

handelt. Die schließlich in der Hauptsache ergehende Entscheidung ist aber auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten in Ansehung der Sache selbst wirksam und vollstreckbar.

Den Zweck dieser Bestimmungen und damit zugleich das Wesen der Urheberbenennung wird ein Beispiel am besten illustrieren:

Der Portier A hat von dem Hotelgast B, während dieser weiter gereist ist, aus Gefälligkeit ein Fahrrad unentgeltlich in Verwahrung genommen. Ein anderer Gast C sieht das Rad im Besitze des Portiers A und klagt mit der Behauptung, das Fahrrad sei ihm entwendet worden, gegen A als den gegenwärtigen Besitzer gemäß § 1007 Abs. 2 BGB. auf Herausgabe des Rades. Wer wollte in diesem Falle dem Verwahrer A zumuten, die Last eines Prozesses auf sich zu nehmen, an dessen Durchführung er auch nicht das geringste Interesse hat! Ihm liegt nichts an dem Behalten des Rades, ihm ist es gleichgültig, ob der B oder der C das Rad erhält. Auf den Rechtsstreit wird er aber sich auch deshalb nicht einlassen, weil er wegen seiner mangelnden Sachkenntnis den Besitz des Rades nicht würde verteidigen können, weil er sich schließlich durch eine mangelhafte Prozeßführung dem mittelbaren Besitzer B verantwortlich machen könnte.[1])

Aus diesen Gründen muß es das eifrigste Bestreben des Beklagten sein, der Prozeßführung und des Rechtstreits überhaupt ledig zu werden. Eine Streitverkündung wird dabei für ihn wenig oder auch gar keinen Wert haben. Denn wenn auch der mittelbare Besitzer auf die Streitverkündung hin ihm zur Unterstützung als Nebenintervenient beitritt, so bleibt der Beklagte trotzdem weiter zur Prozeßführung verpflichtet. Mit einer Streitverkündung wird hier also der Beklagte, wie auch die Motive[2]) hervorheben, nicht den Erfolg haben, welcher seinem Verhältnisse zur Sache entsprechend ist. Nicht eine Unterstützung in der Prozeßführung, sondern eine Befreiung von der Prozeß- und Verteidigungslast wünscht der Beklagte. „Um diesem Wunsche gerecht zu werden", so heißt es in den Motiven, „bedurften die Bestimmungen über die Streitverkündung einer Erweiterung. Es muß einerseits die Möglichkeit gegeben sein, daß der Auktor den Prozeß auch gegen den Willen des Klägers übernehmen und demgemäß der alieno nomine possidens aus dem Rechtsstreite ausscheiden kann. Andererseits muß aber dem Beklagten gestattet werden, wenn der Auktor die Defension nicht übernehmen oder nicht unterstützen will, auch seinerseits die Verteidigung abzulehnen, ohne für die daraus entspringenden Folgen verantwortlich zu sein". Abhilfe schafft hier

---

[1]) Fitting S. 376.
[2]) Hahn, Mat. z. ZPO. Bd. 1 Mot. S. 181.

der § 76 ZPO.: Der beklagte Besitzer wird, wenn die bestimmten im Gesetz aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, von der Last eines ihm tatsächlich fremden Prozesses befreit, zugleich aber wird er jeder Verantwortung gegen den mittelbaren Besitzer, dem er ja Kenntnis von der seiner Sache drohenden Gefahr und Gelegenheit zur Verteidigung gegeben hat, frei.

Eine allgemeine Verpflichtung für den unmittelbaren Besitzer, den Urheber zu benennen, besteht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht. Der Beklagte hat ein Recht, den mittelbaren Besitzer zu benennen, dieser aber hat keinen Anspruch darauf, daß der Beklagte ihn benennt. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Fälle, wo zwar auch keine Verpflichtung zur Urheberbenennung besteht, wo aber der beklagte Besitzer sich am besten der Urheberbenennung bedienen wird, um einem Schadensersatzanspruch des mittelbaren Besitzers zu entgehen. So hat der Mieter, Pächter und Nießbraucher nach §§ 545 Abs. 1, 581 Abs. 2, 1042 BGB. eine gesetzliche Anzeigepflicht; er muß daher dem mittelbaren Besitzer von einem gegen ihn angestrengten Rechtsstreit unverzüglich Anzeige machen.[3]) Zwar kann er dieser Anzeigepflicht durch eine formlose Anzeige oder auch durch eine gerichtliche Streitverkündung genügen, die größte Sicherheit und den größten Vorteil bietet ihm aber hier die Urheberbenennung. So werden wir als Zweck der Urheberbenennung bezeichnen können: Schutz des beklagten Fremdbesitzers. Damit sind wir auch dem Wesen der Urheberbenennung nähergekommen.

Wenn bisweilen die Urheberbenennung in der Literatur als eine Art der Streitverkündung bezeichnet wird, und wenn die Motive[4]) in der Urheberbenennung eine „Erweiterung der Bestimmungen über die Streitverkündung" erblicken, so liegt in einer derartigen Auffassung eine Verkennung der Bedeutung des im § 76 ZPO. geregelten Instituts.

Die Streitverkündung ist begrifflich nichts weiter als ein bloßer Formalakt: die Anzeige einer Prozeßpartei an einen Dritten von einem schwebenden Rechtsstreit durch Zustellung eines den Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits angebenden Schriftsatzes (§§ 72, 73 ZPO.). Diese Anzeige kann der Dritte völlig unbeachtet lassen; der Rechtsstreit nimmt ohne Rücksicht auf die Streitverkündung seinen Fortgang, für den Dritten hat die Nichtbeachtung der Anzeige, abgesehen von der Vorschrift des § 74 Abs. 2, keine Folgen.[5]) Im Gegensatz zur

---

[3]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221; Neukamp S. 58.
[4]) Hahn, Mat. a. a. O.
[5]) Engelmann S. 201.

Urheberbenennung enthält die Streitverkündung kein prozessualisches Zwangselement, keine Ladung, noch irgend einen Antrag, nicht einmal der Wunsch, daß der Dritte beitrete, kommt in der Streitverkündung zum Ausdruck.[6])

Die einzige Verwandtschaft der Urheberbenennung mit der Streitverkündung ist die, daß die Streitverkündung einen Teil, die Form der Urheberbenennung bildet, aber einen so unwesentlichen, daß die Urheberbenennung ihren rechtlichen Charakter auch dann bewahrt, wenn eine Streitverkündung nicht erfolgt ist. Darum ist es nicht zutreffend, die Urheberbenennung als eine Erweiterung der Streitverkündung oder als eine Art oder eigentümliche Gestalt der Streitverkündung zu bezeichnen.[7]) Wenn auch der Name unseres Instituts „Urheberbenennung" auf das rein äußerliche Moment der Benennung und Streitverkündung als das Wesentlichste hinzuweisen scheint, so liegt doch der Kernpunkt, das Wesen der Urheberbenennung darin, daß sie dem beklagten Fremdbesitzer das Recht gibt, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern und vor allem in der eventuellen Befugnis, bei Untätigkeit des Benannten dem Klagantrage zu genügen, den Prozeß abzulehnen. Mit der ersten Bedeutung, dem Rechte des Beklagten, bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich dieser zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, gleicht die Urheberbenennung in der Wirkung einer prozeßhindernden Einrede.[8]) Diese Ähnlichkeit hat es auch bewirkt, daß die Urheberbenennung in der Literatur mehrfach als prozeßhindernde Einrede bezeichnet worden ist.[9]) Trotzdem ist sie keine prozeßhindernde Einrede, denn neben den wenigen Übereinstimmungen finden sich viele und wichtige Unterschiede. Darin stimmt die Urheberbenennung mit den prozeßhindernden Einreden überein, daß sie gleichfalls vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen ist und das Recht gibt, die Einlassung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zu verweigern. In folgenden überaus wichtigen Punkten unterscheidet sich aber die Urheberbenennung von den prozeßhindernden Einreden:

1. Sie ist nicht im § 274 ZPO. unter den prozeßhindernden Einreden aufgezählt. Das Gesetz will aber mit den dort aufgezählten Einreden einen numerus clausus geben; dar-

---

[6]) Wach, Handb. Bd. 1 S. 655.

[7]) Struckmann-Koch S. 89 f.; Bolgiano i. Zeitschr. f. d. ZPr. Bd. 2 S. 518 f.; Osterloh das. Bd. 3 S. 43 ff.

[8]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 368.

[9]) Struckmann-Koch S. 90; Bolgiano i. Zeitschr f. d. ZPr. Bd. 2 S. 518 f.; Mandry-Geib S. 370: „eine Art von prozeßhindernder Einrede".

aus folgt, daß die Zivilprozeßordnung selbst nicht die Urheberbenennung als prozeßhindernde Einrede behandelt wissen will.

2. Während die prozeßhindernden Einreden, wenn sie begründet sind, zur Abweisung der Klage führen, kann die Urheberbenennung nur zur Entlassung des Beklagten aus dem Rechtsstreite führen.[10])
3. Die prozeßhindernden Einreden sind nach § 274 ZPO. gleichzeitig vorzubringen. Die Urheberbenennung braucht nicht gleichzeitig mit ihnen vorgebracht werden, dies kann vielmehr ebensowohl nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden geschehen, wie umgekehrt letztere auch nach Erledigung der Urheberbenennung erhoben werden können.[11])

Diese mannigfachen Verschiedenheiten zeigen, daß die Urheberbenennung als prozeßhindernde Einrede im technischen Sinne nicht aufgefaßt werden darf.

Man darf auch in der Urheberbenennung kein Bestreiten der Sachlegitimation erblicken. Denn der Gebrauch der Urheberbenennung ist ja gerade davon abhängig, daß der Beklagte für die in Betracht kommenden Klagen passiv legitimiert ist.[12]) Im Falle des § 76 ZPO. muß demnach die Passivlegitimation des Beklagten stets durch seinen mittelbaren oder unmittelbaren Besitz[13]) gegeben sein. Obwohl also alle materiellen und prozessualen Voraussetzungen des Klagrechts vorhanden sind, gibt § 76 ZPO. dem beklagten Fremdbesitzer das Recht, den Prozeß abzulehnen. Dieses Recht ist eine Prozeßeinrede.[14])

Wenn wir mit Hellwig[15]) unter „Klagrecht" die Berechtigung verstehen, „im Wege der Klage ein bestimmtes, das Rechtsschutzinteresse des Klägers befriedigendes Urteil zu verlangen", so müssen wir diejenigen von der Zivilprozeßordnung dem Beklagten gewährten Rechtsbehelfe gegen dieses Klagrecht als Prozeßeinreden bezeichnen. Sie bewirken die Befreiung des Beklagten vom Rechtsstreite, keinesfalls aber immer die Abweisung der Klage,[16]) jedenfalls brauchen sie nicht zur Abweisung zu führen.

Im Falle des § 76 ZPO. liegt die Geltendmachung dieser Prozeßeinrede in der rechtsgültigen formellen Urheberbenennung,

---

[10]) Weismann Bd. 1 S. 504.
[11]) Hellmann, Lehrb. S. 432.
[12]) v. Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 142; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221; Petersen Bd. 1 S. 203.
[13]) Marcus S. 40; vgl. hierzu unten § 4.
[14]) Hellwig, Rechtskraft S. 74; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221.
[15]) Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 28.
[16]) Hellwig, Rechtskraft S. 74 Anm. 13.

d. h., indem der beklagte Fremdbesitzer dem Kläger den mittelbaren Besitzer nennt, lehnt er die Prozeßführung ab. Damit soll folgendes gesagt werden: In der Benennung an den Kläger liegt zwar noch nicht die Ablehnung des Prozesses, aber wenn erst einmal der Beklagte von der Urheberbenennung Gebrauch macht, sich auf den mittelbaren Besitzer, seinen Eintritt oder auch das passive Verhalten des Urhebers beruft, so liegt hierin gleichzeitig die Prozeßeinrede, daß der Beklagte den Prozeß nicht führen werde, ihn künftig ablehnen werde. Die Ablehnung selbst kann dann entweder derart geschehen, daß der Beklagte nach Übernahme des Rechtsstreites durch den Benannten ausscheidet, oder auch dadurch, daß der Beklagte bei Untätigkeit des Benannten dem Klagantrage genügt. Wollte man, wie es Hellwig[17]) will, die Prozeßeinrede als das Recht verstehen, „die Abweisung der Klage zu verlangen, obwohl die materiellen und prozessualen Voraussetzungen vorhanden sind", so dürfte man in der Urheberbenennung nur dann eine Prozeßeinrede sehen, wenn es zu einem die Entbindung vom Rechtsstreit aussprechenden Urteile, also zur Abweisung der gegen den Beklagten erhobenen Klage, kommt. Danach würde aber die Urheberbenennung ihren Charakter als Prozeßeinrede verlieren, wenn der Beklagte infolge der Weigerung des Benannten, den Prozeß zu übernehmen, dem Klagantrage genügt; denn hier kommt es zu keiner Abweisung der Klage. Dies trifft jedoch nicht zu; denn auch darin, daß der Beklagte berechtigt ist, dem Klagantrage zu genügen, unter Befreiung von jeder Verantwortlichkeit gegenüber dem Benannten, liegt eine Ablehnung des Rechtsstreits. Wenn der Beklagte die Einrede der Urheberbenennung erhebt, weiß er noch nicht, ob es zu seiner Entlassung nach Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten oder dazu kommen wird, daß er dem Klagantrage genügt. Aber mit der Erhebung dieser Einrede macht er die Befugnis geltend, die Prozeßführung demnächst abzulehnen, auf die eine oder die andere Weise. Damit gleicht die Urheberbenennung der Einrede des bürgerlichen Rechts. Wie diese unter gewissen Voraussetzungen dem Beklagten ein Leistungsweigerungsrecht gibt, ist parallel dazu die Urheberbenennung ein Recht zur Verweigerung der Prozeßführung, indem sie die Befugnis geltend macht, unter gewissen Voraussetzungen — Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten oder bei dessen Weigerung zur Übernahme — den Rechtsstreit abzulehnen.[18])

[17]) Hellwig, Rechtskraft S. 74 Anm. 13; ähnlich Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221.

[18]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit S. 72: „Das Einrederecht setzt als Gegenrecht ein Recht voraus, gegen

Diese Prozeßeinrede charakterisiert sich, wie schon oben ausgeführt, als eine Rechtswohltat für den Beklagten. Auch in der Bestimmung des Abs. 4 des § 76 ZPO., daß die nach der Entlassung des Beklagten aus dem Rechtsstreite in Ansehung der Sache selbst ergehende Entscheidung gegen den ausgeschiedenen Beklagten wirksam und vollstreckbar ist, ist eine Schutzvorschrift des Beklagten zu finden. Zunächst zwar ist diese Bestimmung im Interesse des Klägers getroffen, gleichzeitig aber schützt sie den Beklagten. Denn der Umstand, daß die gegen den Benannten ergehende Entscheidung auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten rechtskräftig wird, schützt diesen gegen die Wiederholung der gleichen Klage vor Erlaß jenes Urteils. Ist aber der Benannte rechtskräftig verurteilt, so erwächst für den Benannten die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, weil das Urteil auch für ihn wirksam ist,[19]) oder auch, mit Hellwig,[20]) weil das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers befriedigt ist. Auch wenn die Klage gegen den Benannten rechtskräftig abgewiesen ist, hat der entlassene Beklagte in gleicher Weise wie der Benannte die Berufung auf die Rechtskraft.[21])

Zweites Kapitel.

Die Voraussetzungen der Urheberbenennung.

§ 3.

a) Allgemeines.

Im vorigen Kapitel ist bei der Darstellung der rechtlichen Natur der Urheberbenennung nur der Hauptfall des § 76 ZPO. zugrunde gelegt worden. Bezüglich der übrigen Fälle ist nur kurz gesagt worden, daß auch bei ihnen die Urheberbenennung ihren rechtlichen Charakter als eine dem an der Prozeßführung nicht interessierten Beklagten gewährte Rechtswohltat, eine Prozeßeinrede, bewahrt. Im folgenden werden wir bei der Erörterung des Anwendungsgebiets diese Behauptung bestätigt sehen. Wir werden bei der Darstellung des Anwendungsgebietes der Urheberbenennung uns eingehend mit Fragen des bürgerlichen Rechts

dessen Ausübung es gerichtet ist: das zivile einen Anspruch, dessen Erfüllung verweigert wird, die Prozeßeinrede unser Klagrecht.

[19]) Krug S. 387.

[20]) Hellwig, Rechtskraft S. 75 Anm. 13.

[21]) Hellwig a. a. O.

zu beschäftigen haben. Einmal ist dies zum Verständnis unseres Instituts erforderlich, andererseits aber werden wir dabei den innigen Zusammenhang der Urheberbenennung mit dem bürgerlichen Recht erkennen und finden, daß mit Hilfe unseres Instituts Streitfragen des bürgerlichen Rechts — insbesondere die Frage nach der Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers für die Eigentumsklage, ferner die Frage, in welchen Fällen ein Rechtsverhältnis des § 868 BGB. vorliegt — gelöst werden können.

Die besonderen Voraussetzungen der Urheberbenennung werden bei jedem Fall besonders erörtert werden. In allen Fällen ist allgemeine Voraussetzung für den Gebrauch der Urheberbenennung, daß bereits ein Rechtsstreit durch Klagerhebung rechtshängig geworden ist.

b) Das Anwendungsgebiet der Urheberbenennung.

§ 4.

a) Die Fälle des § 76 ZPO.

„Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, „die er auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 des BGB. bezeichneten Art zu besitzen behauptet, kann usw."

Damit sind die besonderen Voraussetzungen für den Gebrauch der Urheberbenennung im Falle des § 76 gegeben: Es ist also vorausgesetzt,

1. daß mit der Klage ein Anspruch erhoben ist, der sich gegen den jeweiligen Besitzer einer Sache als solchen richtet,
2. daß der mit einer solchen Klage in Anspruch genommene Beklagte behauptet, zu einem Dritten in einem Verhältnisse zu stehen, zufolge dessen dieser mittelbarer Besitzer ist.[1])

I. Die Klagen, die sich gegen den Besitzer einer Sache als solchen richten.

Da es sich hier um Klagen handelt, die sich gegen den Beklagten gerade deshalb und nur einzig und allein deshalb richten, weil er Besitzer ist,[2]) ist in Fällen, wo der Beklagte zwar auch als Besitzer verklagt ist, für die Passivlegitimation aber außerdem noch andere Erfordernisse vorhanden sein müssen,

[1]) Weismann S. 503.
[2]) Marcus S. 40.

für die Urheberbenennung kein Raum. Daher ist die Urheberbenennung unzulässig bei den Klagen aus §§ 861 ff. und 1007 Abs. 1 BGB.[3]) Denn hier muß der Kläger nicht bloß beweisen, daß der Beklagte Besitzer der Sache ist, sondern er muß außerdem, damit die Klage schlüssig ist, nachweisen, daß der Beklagte fehlerhaft besitzt oder bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war.[4]) Demgegenüber will Kretzschmar[5]) dem mit der Klage aus § 861 BGB. belangten vermittelnden Besitzer das Recht zur Urheberbenennung geben. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht tritt insbesondere klar zutage, wenn wir nach dem Grunde fragen, aus welchem die Unzulässigkeit der Urheberbenennung — abgesehen davon, daß die Zulassung gegen den klaren Wortlaut des § 76 ZPO. verstoßen würde — im Falle des § 861 BGB. folgt. In den Fällen der §§ 861 ff. und 1007 Abs. 1 BGB. ist die Sachlage eine völlig andere als in den Fällen, in denen der Beklagte nur als Besitzer der Sache belangt ist. In diesen letzteren Fällen ist, wie wir oben gesehen haben, der Rechtsgrund für den Gebrauch der Urheberbenennung: der Schutz des beklagten Fremdbesitzers, ihm soll die Last eines Prozesses abgenommen werden, der ihm im Grunde ein fremder ist, dessen Führung ihm auch gar nicht zugemutet werden kann. Anders liegt es in den erstgenannten Fällen: den fehlerhaft besitzenden oder bösgläubigen Beklagten zu schützen, ist nicht die Aufgabe der Rechtsordnung. Diese Beklagten sind in gleicher Weise zur Prozeßführung geeignet und befähigt wie der Dritte, von dem sie ihren Besitz ableiten. Denn ihre Passivlegitimation setzt ja den mangelhaften Besitz voraus; da sie demnach mit den Besitzverhältnissen genau bekannt sind, sind sie imstande, diesen Besitz zu verteidigen. Es hieße ja einem solchen Besitzer zu Hilfe kommen, wollte man die Urheberbenennung hier zulassen. Angenommen, der mit der Klage aus § 1007 Abs. 1 belangte Besitzer nimmt eine formelle Urheberbenennung vor; der benannte mittelbare Besitzer wird sich wohl hüten, der Aufforderung zur Prozeßübernahme nachzukommen. Damit wäre aber dem Beklagten gemäß § 76 Abs. 2 die Möglichkeit gegeben, dadurch, daß er dem Klagantrag genügt, leichten Kaufs davon zu kommen.

Anders liegt es natürlich, wenn nur der mittelbare Besitzer fehlerhaft oder bösgläubig besitzt, der Besitzmittler aber redlich ist; dann steht ihm das Recht zur Urheberbenennung zu.

---

[3]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 224.

[4]) Marcus S. 40; so auch schon RG. Bd. 30 S. 139: „Die Spolienklage ist nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet, sondern gegen den, welcher sich durch Eigenmacht den Besitz angeeignet und damit eine unrechte Tat begangen hat".

[5]) Kretzschmar S. 27 Anm. 2b.

Unzulässig ist die Urheberbenennung auch bei Feststellungsklagen. Hier liegt die Voraussetzung nicht vor, daß der Beklagte nur als Besitzer der Sache verklagt ist; denn „es gibt keine Feststellungsklagen, die lediglich dadurch bedingt wären, daß der zu Beklagende Besitzer einer Sache ist. Die Klage auf Feststellung, daß der Kläger Eigentümer der Sache ist oder daß dem Beklagten kein Nießbrauch an ihr zusteht, wird nur, aber auch schlechthin durch das gegenüber dem Beklagten vorhandene Interesse an der Feststellung begründet, und wenn es vorliegt, kann der Beklagte sich der eigenen Durchführung des Prozesses nicht entziehen".[6])

Wie steht es nun in einem Falle, wo der Beklagte als Besitzer belangt ist, außerdem aber z. B. die Eigentumsfeststellungsklage erhoben ist?

Es fragt sich, ob hier der § 76 Abs. 3 Satz 2 analoge Anwendung zu finden hat. Nach § 76 Abs. 3 Satz 3 ist die Zustimmung des Klägers zur Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten „nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der in Abs. 1 bezeichneten Art besitzt". Wir werden mit Hellwig[7]) annehmen müssen, daß der Benannte mit Zustimmung des Klägers auch solche Feststellungsprozesse übernehmen und mit Wirkung gegen den ausscheidenden Beklagten durchführen darf. Zwar spricht der § 76 von „Ansprüchen", aber dem Sprachgebrauch der Zivilprozeßordnung folgend können wir hier diesen Ausdruck weiter fassen als den gleichen des § 194 BGB. und unter den „Ansprüchen" des § 76 ZPO. jedes rechtliche Begehren verstehen.[8])

Bevor wir uns den einzelnen Klagen zuwenden, die gegen den Besitzer als solchen angestellt werden können, müssen wir noch die überaus wichtige Vorfrage erörtern: wer ist im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs Besitzer? Im § 854 bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch als Besitzer denjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die Sache hat. Trotz tatsächlicher Gewalt hat keinen Besitz der bloße Besitzdiener, d. h. derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat (§ 855 BGB.). Daraus ergibt sich, daß er, falls er mit einer gegen ihn als Besitzer erhobenen Klage belangt wird, nicht zur Urheberbenennung berechtigt ist;

---

[6]) Hellwig, Rechtskraft S. 72 f.; Marcus S. 41.
[7]) Hellwig a. a. O.
[8]) Marcus S. 41.

die gegen ihn erhobene Klage ist vielmehr, da er nicht Besitzer ist, wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen.[9])

Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt nun aber auch Personen, die keine unmittelbare tatsächliche Gewalt über die Sache haben, Besitzer, bezeichnet ihren Besitz als mittelbaren Besitz und sagt, daß sie „auch Besitzer" sind. Es fragt sich nun: Ist überall da, wo das Bürgerliche Gesetzbuch vom Besitzer spricht, auch der mittelbare Besitzer gemeint, ist auch er in gleicher Weise wie der unmittelbare Besitzer für die gegen den Besitzer als solchen zulässigen Klagen passiv legitimiert; mit anderen Worten: kann auch der mittelbare Besitzer sich der Urheberbenennung bedienen?

Die Frage, ob der mittelbare Besitzer im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs wahrer Besitzer ist, ist vor allem für die Eigentumsklage des § 985 BGB. von Bedeutung; sie ist von der Literatur auch stets im Anschluß an diese Klage behandelt und von der herrschenden Meinung bejaht worden.

Der § 868 BGB. gibt den Begriff des mittelbaren und unmittelbaren Besitzers. Als unmittelbaren Besitzer haben wir danach denjenigen zu bezeichnen, der zwar die tatsächliche Gewalt über die Sache, aber keinen Eigenbesitz hat,[10]) d. h. denjenigen, welcher die Sache zwar vollständig beherrscht, daneben aber noch das Eigentum eines anderen anerkennt; als mittelbaren Besitzer bezeichnen wir den Besitzer, dessen Besitz durch den einer anderen Person vermittelt wird.[11]) Ebensowenig wie der unmittelbare[12]) braucht auch der mittelbare Besitzer Eigenbesitzer zu sein. Der mittelbare Besitzer kann selbst wieder zu einem Dritten in einem Verhältnisse der im § 868 BGB. genannten Art stehen; dann ist gemäß § 871 BGB. auch der Dritte mittelbarer Besitzer. Z. B.: der mittelbare Besitzer ist Nießbraucher, er verpachtet die Nießbrauchsache: hier ist der Pächter unmittelbarer Besitzer, der Nießbraucher mittelbarer, aber Fremdbesitzer, der Eigentümer mittelbarer und Eigenbesitzer.[13])

Der Hauptvertreter der Ansicht, daß der mittelbare Besitzer nicht passiv für die rei vindicatio legitimiert sei, ist Wendt.[14]) Seine Lehre ist kurz folgende:

---

[9]) Weismann Bd. 1 S. 503.

[10]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 3 S. 48.

[11]) Kretzschmar S. 37.

[12]) In der Regel wird die Vermutung dafür sprechen, daß der, welcher die tatsächliche Gewalt ausübt, auch Eigenbesitzer ist (§§ 872, 1006 BGB.).

[13]) Dernburg a. a. O. S. 50.

[14]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 40ff.; vgl. auch Bartels bei Gruchot Bd. 42 S. 652.

Wo das Gesetz vom Besitz in irgendwelcher Beziehung spreche, sei niemals der mittelbare Besitzer gemeint. Dieser sei kein wahrer Besitzer, denn possessio plurium in solidum sei unzulässig. Der mittelbare Besitz habe keine anderen Folgen als die im § 869 BGB. aufgeführten: ein eigenes Recht zur Besitzklage wegen verbotener Eigenmacht gegen den unmittelbaren Besitzer. Die Klage aus § 985 sei gegen ihn wegen der Unmöglichkeit der Stellung des Antrags auf Herausgabe ausgeschlossen. Dies folge auch aus § 986 und § 991 Abs. 1 BGB. Dieser letzte Paragraph sei in Verbindung mit § 76 ZPO. eine Bestätigung dafür, daß Klagerhebung gegen den mittelbaren Besitzer unmöglich sei.

Sämtliche Bedenken Wendts sind hinfällig.

1. Die Entstehungsgeschichte sowohl des § 868 wie des § 985 zeigt, daß grundsätzlich unter Besitz auch der mittelbare Besitz zu verstehen ist, weil da, wo ein Rechtssatz sich nur auf den mittelbaren Besitz beziehen sollte, dies ausdrücklich angegeben werden sollte. Auch ist die in den Entwurf 2. Lesung von 1892 § 899 Abs. 2 aufgenommene Bestimmung, daß gegenüber einem mittelbaren Besitzer dem Eigentümer ein Anspruch auf Überlassung des mittelbaren Besitzes nicht zustehe, von der Kommission wieder beseitigt worden.[15]) Die Fassung des § 868 aber, die besagt: „der mittelbare Besitzer ist auch Besitzer", beweist, daß überall da, wo im Gesetz vom „Besitz" die Rede ist, im Zweifel auch der mittelbare Besitz mitzuverstehen ist.[16])

2. Das Bedenken Wendts gegen die Zulässigkeit der possessio plurium in solidum weist Dernburg[17]) mit treffenden Gründen zurück: „Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht nirgends die Unzulässigkeit der possessio plurium in solidum aus. Schon in Rom hat dieser Satz nicht die tatsächliche Beherrschung derselben Sache durch mehrere nach verschiedenen Richtungen gehindert. So hatte der Nießbraucher den Rechtsbesitz neben dem Eigentümer, welcher Sachbesitz hatte. Auch das deutsche Recht kannte ähnliche Verhältnisse in der mehrfachen Gewere an derselben Sache; nach dem allgem. Landrecht besaß der Eigentümer als vollständiger Besitzer neben dem Pächter, Mieter, Nießbraucher als dem unvollständigen Besitzer. Nicht anders ist es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Der Eigentümer gibt seine tatsächliche Beziehung zur Sache nicht vollständig auf und wird deshalb als mittelbarer Besitzer bezeichnet; seine tatsächliche Gewalt wird nicht völlig aufgehoben, sondern nur zurückgedrängt".[18])

---

[15]) Mugdan, Materialien Bd. 3 S. 670; Planck zu § 985; Kretzschmar S. 36 f.; Dernburg a. a. O. S. 50.

[16]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 50; Fischer in der DJZ. Bd. 3 S. 368.

[17]) Dernburg a. a. O. S. 51.

3. Ein besonders wichtiges Moment für die Versagung der rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer findet Wendt[19]) in der Unmöglichkeit, gegen ihn den Antrag auf Herausgabe zu stellen, und dieses Bedenken Wendts wird auch mehrfach in der Literatur geteilt. Auch dieses Bedenken Wendts wird sich bald als unbegründet erweisen; dieses Moment kommt aber auch für die Frage, ob die Klage gegen den mittelbaren Besitzer zulässig ist, nicht in erster Reihe in Betracht und kann keineswegs ausschlaggebend sein. Die Klage aus § 985 BGB. ist die Klage des nichtbesitzenden Eigentümers gegen den besitzenden Nichteigentümer. Wenn es sich um die Feststellung der Aktiv- und Passivlegitimation handelt, so darf nur gefragt werden: was gehört zum Klagfundament? Die Klage ist schlüssig, wenn Kläger sein Eigentum und den Besitz des Beklagten zur Zeit der Klagerhebung nachweist. Mehr gehört nicht zur Begründung der Klage aus § 985; daraus folgt unbedingt die Zulässigkeit des Antrags, „den Beklagten zur Herausgabe der Sache zu verurteilen", auch gegen den mittelbaren Besitzer.[20]) Ob der Beklagte auch tatsächlich zur Herausgabe der Sache imstande ist, ist eine andere Frage, die mit der Frage nach der Zulässigkeit der rei vindicatio gegen den unmittelbaren Besitzer gar nichts zu tun hat.

Natürlich kann der beklagte mittelbare Besitzer einwenden, daß er zur Herausgabe der Sache nicht imstande sei. Dann kann der Kläger immer noch seinen Antrag ändern und beantragen: „den Beklagten zu verurteilen, den Anspruch auf Herausgabe abzutreten". Dieser Antrag enthält keine Erschwerung der Verteidigung des Beklagten[21]) und ist darum nach § 264 ZPO. stets zuzulassen. Dazu kommt noch, wie Gierke[22]) mit Recht hervorhebt, daß in dem Anspruche auf Herausgabe der Sache stets auch der auf Abtretung des Herausgabeanspruchs und somit auf Überlassung des mittelbaren Besitzes mitenthalten ist. Demgemäß steht nichts einem Antrage und einer entsprechenden Verurteilung im Wege, dahingehend, den mittelbaren Besitzer zur leiblichen Herausgabe der Sache für den Fall der Erlangung des unmittelbaren Besitzes zu verurteilen.

Aber der Kläger kann ruhig das Verhalten des Beklagten abwarten. Vielleicht erhebt der Beklagte gar nicht den Einwand,

---

[18]) Denkschr. des Bundesrats S. 119.
[19]) Wendt a. a. O. S. 19.
[20]) Staudinger Bd. 3 S. 395.
[21]) Kretzschmar S. 264; Entsch. d. OLG. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 754.
[22]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 53; Kretzschmar im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 641 ff.

daß er zur Herausgabe der Sache nicht imstande sei; er hat vielleicht guten Grund, den Einwand nicht zu erheben. Er wird oft in der Lage sein, sofort die Sache von seinem Besitzmittler zurückzuerhalten.[23]) Wenn auch zur Zeit der Klagerhebung der Beklagte nur mittelbaren Besitz gehabt hat, so hat er vielleicht zur Zeit der Vollstreckung schon längst wieder den unmittelbaren Besitz erlangt. Und selbst wenn die Zwangsvollstreckung nicht zur Herausgabe der Sache führt — was ja auch möglich ist, wenn der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung und der Urteilsfällung zur Herausgabe der Sache imstande war —, so liegt eben ein Fall der fruchtlosen Zwangsvollstreckung vor; der Eigentümer kann dann gemäß § 893 ZPO. sein Interesse liquidieren. Im übrigen kann er nach § 283 BGB. dem Beklagten sofort nach der rechtskräftigen Verurteilung eine Frist zur Herausgabe der Sache bestimmen und nach erfolglosem Ablaufe der Frist seinen Schaden geltend machen.[23a])

Die Versagung der Klage aus § 985 gegen den mittelbaren Besitzer würde auch eine große Härte bedeuten, die vom Bürgerlichen Gesetzbuch sicher nicht beabsichtigt ist. Der Eigentümer wird ja in seinem eigensten Interesse in der Regel nur den unmittelbaren Besitzer belangen, schon mit Rücksicht auf die Wirkung des § 76 Abs. 4 ZPO.[24]) Aber in Fällen, wo er nur den mittelbaren Besitzer, nicht aber auch den unmittelbaren Besitzer kennt, würde er machtlos sein, wollte man ihm nicht die rei vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer gestatten. Aber auch unzweckmäßig wäre die Versagung der Klage gegen den mittelbaren Besitzer.[25]) „Denn es würde den Prozeß verweitläufigen und unbillig erschweren, wenn der Eigentümer stets zunächst gegen den unmittelbaren Besitzer klagen müßte, auch wenn dieser offenbar kein Interesse am Eigentumsstreite hat."

4. Schließlich sieht Wendt[26]) noch in der Vorschrift des § 991 Abs. 1 BGB. in Verbindung mit § 76 ZPO. einen Beweis für die Unzulässigkeit der Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer. Er meint, daß die Rechtshängigkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer im § 991 Abs. 1 nur als durch Urheberbenennung seitens des beklagten Besitzmittlers eingetreten verstanden werden könne. Diese Ansicht Wendts ist unhaltbar. Denn wie Strohal[27]) überzeugend nachgewiesen hat, folgt grade

[23]) Staudinger Bd. 3 S. 395.
[23a]) Kretzschmar S. 265; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 1004.
[24]) Kretzschmar im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 643.
[25]) Deraburg a. a. O. S. 367.
[26]) Wendt S. 75.
[27]) Strohal im Sächs. Arch. Bd. 8 S. 345.

das Gegenteil: die Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer — aus § 991 Abs. 1 BGB. Nach § 991 Abs. 1 soll die im § 990 bestimmte Haftung des unredlichen Besitzers wegen der Nutzungen, welche für die Zeit *vor der ihm gegenüber eingetretenen Rechtshängigkeit* in Betracht kommen, dann nicht schlechthin eintreten, wenn der in Anspruch genommene unredliche Besitzer sein Recht zum Besitz von einem mittelbaren Besitzer ableitet.

In diesem Falle haftet er vielmehr nur dann, wenn

a) entweder die Voraussetzungen des § 990 auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen;

b) oder wenn dem mittelbaren Besitzer gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist.

Die Rechtshängigkeit gegen den mittelbaren Besitzer aber muß, damit der § 991 Abs. 1 einen vernünftigen Sinn bekommen kann, eingetreten sein, noch *bevor* die Rechtshängigkeit gegenüber dem mittelbaren Besitzer herbeigeführt ist. Nur dann kann von einer Steigerung der Haftung des unmittelbaren unredlichen Besitzers die Rede sein.[28])

So ist auch der § 991 Abs. 1 BGB. ein Beweis für die Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer.

Am klarsten aber geht m. E. die Zulässigkeit aus § 76 ZPO. hervor. Er weist darauf hin, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen einen mittelbaren Besitzer voraussetzt.[29]) Wenn der mittelbare Besitzer auf die Benennung des beklagten unmittelbaren Besitzers hin an dessen Stelle den Rechtsstreit übernommen hat, so ist, wenn beispielsweise die erhobene Klage die Eigentumsklage war, erreicht, was *Wendt* nicht zulassen will: die Eigentumsklage gegen einen mittelbaren Besitzer.[29a]) Sobald der beklagte unmittelbare Besitzer aus dem Rechtsstreite ausgeschieden ist, sind die Parteien: der Kläger und der mittelbare Besitzer als Beklagter. Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch eine Klage gegen den mittelbaren Besitzer nicht zulassen würde, dann dürfte es auch nicht den Weg, den mittelbaren Besitzer durch Vermittlung der Urheberbenennung zu belangen, offen lassen. Mit dem Eintritt des Benannten haben wir demnach eine Klage aus § 985 BGB. gegen den mittelbaren Besitzer. Denn *mittelbarer* Besitzer bleibt der Benannte auch nach der Über-

---

[28]) *Strohal* a. a. O. S. 346 f.; *Gierke*, Fahrnisbesitz S. 51 f.; *Windscheid-Kipp* a. a. O.

[29]) *Strohal*, Sachbesitz, in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 45.

[29a]) Es wird mitunter auch als Zweck der Urheberbenennung bezeichnet, dem Kläger den richtigen Beklagten gegenüberzustellen. Der rechte Beklagte ist hier der mittelbare Besitzer.

nahme des Rechtsstreits. Die Zivilprozeßordnung sieht dies sogar als Regelfall vor, denn den unmittelbaren Besitz behält der Beklagte weiter, nur ist nach § 76 Abs. 4 ZPO. die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst gegen ihn wirksam und vollstreckbar.

Aus allen eben dargelegten Gründen muß die Zulässigkeit der Eigentumsklage auch gegen den mittelbaren Besitzer anerkannt werden.[30]) Ist aber **jeder** mittelbare und unmittelbare Besitzer passiv legitimiert für die rei vindicatio? Die allgemein redende Fassung des § 985 BGB.: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen" spricht dafür. Und auch § 986 BGB. scheint dies zu bestätigen, indem er dem persönlich besitzberechtigten Beklagten eine Einrede gibt. Demgemäß nimmt auch die herrschende Meinung eine Konkurrenz des Vindikationsanspruches mit den persönlichen Rückforderungsansprüchen an. Sie folgert aus § 986, daß dem Eigentümer gegen jeden berechtigten Besitzer neben dem erst nach Beendigung des Besitzrechts fälligen persönlichen Herausgabeanspruch ein sofort fälliger, aber während der Dauer des Besitzrechtes durch Einrede entkräfteter Vindikationsanspruch zustehe. Gegen diese Lehre wendet sich Siber in seiner neuesten Schrift: „Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio".[31]) Ein Eingehen auf diese Fragen würde nicht dem Zwecke dieser Arbeit entsprechen. Es kann daher hier im wesentlichen auf die genannte Schrift Sibers verwiesen werden. Nur ganz kurz soll zu diesen Fragen hier Stellung genommen werden.

Siber[32]) lehrt: „Wenn die Annahme eines bestehenden und nur durch Einrede entkräfteten Anspruchs irgendwo verwerflich ist, so gilt das hier, wo sie völlig zwecklos und zum Überfluß noch kaptiös ist; denn sie führt dahin, daß der Kläger in der Klage selbst den offenkundigsten Wortbruch bekennen und zugestandenermaßen in gröblichsten Widerspruch mit der Vertragspflicht die Sache vor der Vertragszeit mit Erfolg zurückfordern kann, wenn es der Beklagte nicht für nötig hält, sich ausdrücklich auf eine Einrede aus dem Vertrage zu berufen".

Theoretisch ist Sibers Argumentation zweifellos richtig, aber praktisch muß grade sie dazu führen, auch gegen einen nur persönlich rückgabepflichtigen Besitzer die rei vindicatio zuzulassen.

Siber will die Einreden aus § 986 BGB. nur in Fällen geben, wo der Eigentümer gegen den Besitzer, der ihm gegenüber

---

[30]) vgl. Entsch. d. OLG. Bd. 5 S. 154, Bd. 8 S. 144; Sächs. Arch. Bd. 12 S. 753; Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 210 Anm. 73, Rechtskraft S. 252 Anm. 24.

[31]) Siber, Passivlegitimation S. 227—258.

[32]) Siber S. 224, 238 f., 246.

besitzberechtigt ist, keinen persönlichen Rückgabeanspruch hat. So stellt Siber[33]) folgende Leitsätze auf:

„Passivsubjekt des Vindikationsanspruchs ist nur der Besitzer, der dem Eigentümer nicht oder doch nicht von vornherein persönlich rückgabepflichtig ist; also nur

1. der unberechtigte;
2. der nur zurückhaltungsberechtigte;
3. der von vornherein berechtigte Besitzer, der sein Recht
   a) vom Nichteigentümer ableitet oder
   b) der es von einem früheren Eigentümer ableitet und wie der Erbbau- und Wohnungsberechtigte dem gegenwärtigen Eigentümer nach dem Gesetz nicht persönlich rückgabepflichtig ist;
4. der von vornherein unberechtigte Besitzer, der erst durch nachträgliche Vereinigung der Pflicht zur Besitzbelassung mit dem Eigentum besitzberechtigt geworden ist."

Der Lehre Siberts wird man folgen müssen, aber m. E. nur mit der Maßgabe, daß sie nur insoweit zutrifft, als es sich um die Frage handelt: Kann die rei vindicatio gegen jeden Besitzer mit Erfolg angestellt werden? Darauf kann die Antwort nur lauten: Mit Erfolg kann die rei vindicatio nur gegen den Besitzer in den von Siber angeführten Fällen angestellt werden. Die Frage aber: Gegen wen kann die rei vindicatio erhoben werden? — kann nur beantwortet werden: Angestellt werden kann die rei vindicatio gegen jeden Besitzer, mittelbaren wie unmittelbaren.

Wenn wir uns nun den übrigen Klagen zuwenden, die gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können, so müssen wir festhalten, daß auch bei diesen Klagen der mittelbare Besitzer in gleicher Weise wie der unmittelbare passiv legitimiert ist.[33a]) Die Zulässigkeit ergibt sich hier zum Teil[34]) aus den gleichen Gründen wie bei der Eigentumsklage.

Nächst der rei vindicatio ist die wichtigste der gegen den Besitzer als solchen zulässigen Klagen die Klage aus § 1007 Abs. 2 BGB. Diese Klage steht jedem früheren Besitzer ohne Rücksicht auf seinen Besitztitel zu, also nicht nur dem Eigentümer,[35]) sondern auch dem Nießbraucher,[36]) Pfandgläubiger, Mieter, Pächter, Ent-

[33]) Siber S. 252.

[33a]) Außer dort, wo die Natur der gesetzlichen Bestimmung dem mittelbaren Besitzer keine Passivlegitimation geben kann, vgl. § 867 BGB.

[34]) Staudinger. Bd. 3 S. 427.

[35]) A. M. Siber, Passivlegitimation S. 236 gegen Gierke, Fahrnisbesitz S. 65.

[36]) Gierke, Fahrnisbesitz S. 79; Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen S. 88.

leiher, Verwahrer, Finder. Zur Klagbegründung gehört der Nachweis, daß der Kläger die bewegliche Sache früher in Besitz gehabt hat, gleichviel ob in Eigenbesitz, ob in mittelbarem oder unmittelbarem, und ferner der Nachweis, daß er den Besitz wider seinen Willen verloren hat, und daß der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung Besitzer der Sache gewesen ist.[37]) Der Anspruch ist durch ein besseres Besitzrecht des Beklagten ausgeschlossen.

Als Vorbereitung der Klagen auf Herausgabe[38]) kann die sich ebenfalls gegen den Besitzer als solchen richtende actio ad exhibendum des § 809 BGB. dienen. Als Vorbereitung der Klage aus § 1007 Abs. 2 wird § 809 etwa wie in folgendem Beispiel Anwendung finden: Dem A sind Bücher gestohlen worden. Er hört, daß die Bücher sich in der Bibliothek des B befinden. Um mit seiner Klage auf Herausgabe der Bücher sicher zu gehen, wird er von B gemäß § 809 Besichtigung der Bücher verlangen, ehe er nach § 1007 Abs. 2 die Herausgabe verlangt.[39]) Ähnlich ist die Klage aus § 810 BGB. auch gegen den Besitzer als solchen zulässig; der Anspruch geht auf Vorlegung der im fremden Besitze befindlichen Urkunde.

Gegen den Besitzer eines Grundstücks als solchen[40]) richten sich die Ansprüche aus §§ 867 und 1005 BGB. Der Anspruch geht auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung einer Sache, die aus der Gewalt des Besitzers auf das im Besitz eines anderen befindliche Grundstück gelangt ist. Der Anspruch auf Abholung ist ausgeschlossen, sobald der Grundstücksbesitzer die Sache in Besitz genommen hat. Dann tritt an die Stelle des Abholungsanspruchs der Anspruch auf Herausgabe.[41]) Passiv legitimiert ist hier nur der unmittelbare Besitzer als die Person, in deren unmittelbarem Machtbereich sich die Sache befindet, nicht aber der mittelbare Besitzer.[42]) Die Aktivlegitimation gibt im Falle des § 867 der Besitz der Sache, der mittelbare wie der unmittelbare (§ 869 BGB.), im Falle des § 1005 das Eigentum der Sache.[43])

Nach §§ 1065 und 1227 BGB. haben alle diese hier erwähnten Ansprüche auch der Nießbraucher und der Pfandgläubiger.

Schließlich richtet sich noch gegen den Besitzer als solchen die Erbschaftsklage. Nach § 2018 BGB. kann der Erbe von jedem,

---

[37]) Kretzschmar S. 289.
[38]) Siber, Passivlegitimation S. 21.
[39]) Fischer-Henle, BGB. Anm. 4 zu § 809.
[40]) Hellwig, Rechtskraft S. 342 f.
[41]) Hellwig, Rechtskraft S. 343.
[42]) vgl. oben Anm. 33a.
[43]) Kretzschmar S. 35 f., 286.

der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen.

II. Die Behauptung des Beklagten, auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen.

Der mit einer der oben erwähnten Klagen belangte Besitzer muß, um sich der Urheberbenennung mit Erfolg bedienen zu können, behaupten, daß er einen mittelbaren Besitzer habe. Der Beklagte braucht nur zu behaupten, Besitzmittler zu sein, keineswegs hat er diese Behauptung auch zu beweisen. Der Kläger darf andererseits die Behauptung des Beklagten nicht bestreiten und seinerseits Gegenbeweis antreten.[44]) Das Gesetz stellt ausdrücklich nur die Voraussetzung auf, daß der Beklagte nur das Besitzverhältnis zu behaupten braucht.

Wie wir gesehen haben, ist in der Regel für die hier in Betracht kommenden Klagen auch der mittelbare Besitzer passiv legitimiert. Falls er wieder zu einer dritten Person in einem Rechtsverhältnis der im § 868 BGB. bezeichneten Art steht, die dann gemäß § 871 BGB. ebenfalls mittelbarer Besitzer ist, so kann er, wenn er eine entsprechende Behauptung aufstellt, den entfernteren mittelbaren Besitzer benennen.[45]) Auch dieser zweite mittelbare Besitzer kann natürlich wieder einen weiteren mittelbaren Besitzer und dieser wieder einen vierten hinter sich haben, so daß man von einem mittelbaren Besitz ersten, zweiten, dritten und noch weiteren Grades reden kann.[46]) Jeder von ihnen hat das Recht, den Besitzer zu benennen, von dem er seinen Besitz ableitet.

Wann liegt nun ein Verhältnis von mittelbarem und unmittelbarem Besitz vor, wann kann der Beklagte die Behauptung aufstellen, auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen? Der § 868 BGB. bestimmt:

> „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)".

---

[44]) Entsch. d. OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 56 Nr. 88 S. 154 ff.
[45]) Seuffert, Komm. Bd. 1 Anm. 2b zu § 76; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 220.
[46]) Dernburg Bd. 3 S. 50.

Mit diesen andern, neben den im § 868 ausdrücklich genannten, ihnen ähnlichen Besitzverhältnissen haben wir uns im folgenden zu beschäftigen. Die Wissenschaft hat gewisse Begriffsmerkmale aufgestellt, die vorhanden sein müssen, damit ein den im § 868 genannten Rechtsverhältnissen ähnliches vorliegt. Diese Begriffsmerkmale sind folgende[47]):

1. Das Verhältnis muß den unmittelbaren Besitzer dem anderen gegenüber zum Besitz entweder berechtigen oder verpflichten.
2. Die Berechtigung oder Verpflichtung muß ihrem Wesen nach zeitlich begrenzt sein.
3. Das Verhältnis muß den Beispielsfällen des § 868 ähnlich sein: ähnlich ist es aber nur, wenn der Besitzer sein Recht oder seine Verpflichtung von einem anderen ableitet.[48])

Diese Begriffsmerkmale treffen zweifellos auf folgende Fälle zu, in denen demnach ein den Rechtsverhältnissen des § 868 ähnliches vorliegt.

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch gehören hierher als unmittelbare Besitzer der Entleiher, der Unternehmer und der Beauftragte, wenn ihnen fremde Sachen zum Zwecke der Bearbeitung oder Geschäftsbesorgung überlassen sind,[49]) der Testamentsvollstrecker, alle Vormünder und Pfleger. An den Sachen minderjähriger Kinder, welche der elterlichen Nutznießung und Verwaltung unterliegen, hat der Inhaber der elterlichen Gewalt unmittelbaren, das Kind mittelbaren Besitz.[50]) Der Ehemann hat nach dem gesetzlichen Güterstande am Vermögen seiner Frau unmittelbaren, die Frau mittelbaren Besitz.[51]) Der Vorstand einer juristischen Person hat unmittelbaren, die von ihm vertretene Person mittelbaren Besitz an ihren Sachen.[52])

Aus dem Handelsgesetzbuch gehören hierher alle Frachtführer und Spediteure, denen zum Zweck ihrer Leistung das Gut übergeben worden ist, Post und Eisenbahn, die Kommissionäre, Agenten und Lagerhalter.[53])

Zweifel bestehen bezüglich folgender Fälle:

1. Entsteht durch Pfändung einer beweglichen Sache durch den Gerichtsvollzieher ein den im § 868 BGB. genannten Fällen ähnliches Rechtsverhältnis?

---

[47]) Thiesing im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 242 f.
[48]) Planck zu § 868; Strohal, Sachbesitz S. 23.
[49]) Buhl S. 22.
[50]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 148.
[51]) Oertmann in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 207 ff., 214 und die dort Zitierten.
[52]) Kretzschmar S. 18.
[53]) Buhl S. 23.

Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Durch die Pfändung erlangt der Gerichtsvollzieher unmittelbaren, der Vollstreckungsgläubiger mittelbaren Besitz. Selbst wenn der Gerichtsvollzieher die Sache im Gewahrsam des Schuldners beläßt, erlangt er unmittelbaren Besitz, denn der Schuldner ist nur Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB.[54]) Anderer Meinung ist Gaupp-Stein: Der Schuldner ist als unmittelbarer Besitzer der in seinem Gewahrsam gebliebenen Sachen Besitzmittler des Gerichtsvollziehers und des Gläubigers.[55])

2. Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt überlassen hat, mittelbarer Besitzer?

Diese Frage, die insbesondere bei den Abzahlungsgeschäften häufig sehr erheblich ist, wird von der herrschenden Meinung, m. E. mit Recht, bejaht.[56]) Dagegen hat sich Thiesing gewendet. Er macht geltend, daß von den oben erwähnten Begriffsmerkmalen[57]) hier nicht das vorhanden sei, daß der Besitz des Erwerbers zeitlich begrenzt sei. Es sei allen Rechtsverhältnissen der im § 868 genannten Art eigentümlich, daß es sich stets um ein „Verhältnis handle, das seiner juristischen Wesenheit nach darauf hinziele, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäß zu ihm zurückkehren zu lassen".[58]) Dieses Begriffsmerkmal fehle im vorliegenden Falle: es sei hier nicht wesentlich, daß der Käufer die Sache nur auf Zeit besitze und sie nach Beendigung des Rechtsverhältnisses zurückzugewähren habe. Dieser Argumentation Thiesings wird man m. E. sich nicht anschließen können. Das von ihm aufgestellte Begriffsmerkmal kann nicht entscheiden, es ist praktisch gar nicht zu verwerten und würde zu den merkwürdigsten Konsequenzen führen. Welcher Art sollte der Besitz des Käufers sein? Eigenbesitz hat er nicht, er will gar nicht für sich, sondern für den Verkäufer besitzen. Wenn auch der Besitz des Käufers an sich von vornherein nicht zeitlich begrenzt sein soll, so trägt er doch die Möglichkeit der zeitlichen Beschränkung von der Entstehung an in sich: sein Besitz soll nur dauern, solange er z. B. beim Abzahlungsgeschäfte pünktlich die Raten zahlt. Wir müssen dem-

---

[54]) So die herrschende Meinung; vgl. Dernburg Bd. 3 S. 50; Kretzschmar S. 38.

[55]) Gaupp-Stein Anm. 4 zu § 808.

[56]) So auch RG. Bd. 54 S. 397; Rechtspr. d. OLG. Bd. 15 (1907) S. 356 f.

[57]) vgl. oben S. 22.

[58]) Thiesing a. a. O. S. 249.

nach ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 auch hier annehmen.

3. Verschafft der Finder dem Verlierer mittelbaren Besitz?

Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Nach Wendt[59]) hat der Finder unmittelbaren Besitz, weil er dem Verlierer gegenüber zur Verwahrung, also auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist (vgl. § 966 BGB.). Dies ist zwar richtig, trotzdem aber erlangt der Verlierer keinen mittelbaren Besitz; denn es fehlt hier das Begriffsmerkmal der Ähnlichkeit mit den im § 868 BGB. angeführten Rechtsverhältnissen. Vor allem ist der Besitz des Finders kein abgeleiteter;[60]) man muß auch ferner annehmen, daß zum Erwerbe des mittelbaren Besitzes Wissen und Wollen desjenigen gehört, welchem der Besitz erworben werden soll.[61]) Wir haben im vorliegenden Fall anzunehmen, daß der Finder zwar die Sache allein besitzt, ohne Eigenbesitzer zu sein, daß er aber dem Verlierer nicht mittelbaren Besitz verschafft.[62])

M. E. muß den oben aufgestellten Begriffsmerkmalen für das Vorliegen eines mittelbaren Besitzes ein neues hinzugefügt werden, das vor allem entscheidend sein muß. Wie wir schon aus § 76 ZPO. durch einen Rückschluß die Zulässigkeit der Eigentumsklage gegen den mittelbaren Besitzer feststellen konnten, so zwingt gewissermaßen § 76 auch für die vorliegende Streitfrage zu einem Rückschluß. Wenn wir die Fälle betrachten, in denen unstreitig ein Rechtsverhältnis des § 868 BGB. vorliegt, so sehen wir, daß bei ihnen stets der unmittelbare Besitzer die Möglichkeit hat, durch Urheberbenennung eine gegen ihn als Besitzer als solchen angestrengte Klage abzulehnen. Es ist in den Fällen des § 868 BGB. geradezu unbedingtes Erfordernis, daß dem beklagten Besitzmittler die Urheberbenennung zu Gebote stehen muß.

Der Finder und der (unentgeltliche) Verwahrer werden auf eine Stufe gestellt, beide sollen in gleicher Weise, der Finder dem Verlierer, der Verwahrer dem Hinterleger den Besitz vermitteln. Und doch besteht zwischen beiden ein großer Unterschied in ihrer Rechtsstellung. Wird der Verwahrer auf Herausgabe der Sache belangt, so benennt er seinen Urheber und hat die Möglichkeit, den Gefahren eines Rechtsstreits zu entgehen. Anders der Finder: er kennt ja gar nicht den Verlierer, seinen angeblichen mittelbaren Besitzer, er hat also gar nicht die Möglichkeit, eine Urheberbenennung vorzunehmen.

---

[59]) Wendt a. a. O. S. 62; ebenso Kretzschmar S. 38; Dernburg Bd. 3 S. 67; Bartels a. a. O. S. 669.

[60]) Strohal, Sachbesitz S. 22.

[61]) Dernburg a. a. O. S. 66.

[62]) Oertmann a. a. O. S. 223.

Andererseits wieder beweist die Urheberbenennung in der Frage, ob der Veräußerer unter Eigentumsvorbehalt mittelbarer Besitzer ist, daß die oben vertretene Ansicht richtig ist. Wollte man mit Thiesing annehmen, daß der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz hat, so müßte man auch dem Erwerber das Recht absprechen, den Urheber zu benennen. Diese Konsequenz wird wohl aber auch Thiesing nicht ziehen wollen.

Wir werden demnach als weiteres Begriffsmerkmal für die Fälle des § 868 BGB. folgendes aufstellen können:

> Es muß ein Rechtsverhältnis vorliegen, bei welchem dem Besitzer, der mit einer gegen den Besitzer als solchen zulässigen Klage belangt ist, die Möglichkeit zur Urheberbenennung gegeben ist.

§ 5.

Der § 77 ZPO.

Nach dem § 73 ZPO. von 1877 war die Urheberbenennung nur zulässig, wenn der Beklagte als Besitzer einer Sache belangt war. In Fällen der Ausübung eines fremden Rechts bot sich keine gesetzliche Handhabe für die Anwendbarkeit der Urheberbenennung. Die Praxis half sich hier durch analoge Anwendung des § 73.[1] Der § 77 ZPO. bringt die gesetzliche Regelung auch dieser Fälle[2]:

> „Ist von dem Eigentümer einer Sache oder von demjenigen, dem ein Recht an einer Sache zusteht, wegen einer Beeinträchtigung des Eigentums oder seines Rechts Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen erhoben, so finden die Vorschriften des § 76 entsprechende Anwendung, sofern der Beklagte die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet".

Während im § 76 für die Passivlegitimation des Beklagten eine Klage erforderlich war, in der er als Besitzer als solcher belangt war, ist nach § 77 eine Klage vorausgesetzt, in welcher der Beklagte „auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigung" verklagt ist. Es handelt sich

---

[1] Gaupp-Stein Bd. 1 S. 224; Seuffert Bd. 1 zu § 77; Krug a. a. O. S. 341 f.

[2] Hahn, Mat. z. ZPO. Bd. 8, Begründung der Novelle S. 86.

hier um negatorische Klagen wegen Störung des Eigentums oder eines anderen Rechts an einer Sache. Solche Klagen sind diejenigen, in denen ein Anspruch geltend gemacht wird wegen einer Beeinträchtigung des Eigentums, die nicht in einer Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes besteht, oder wegen einer Beeinträchtigung des Rechts, die nicht in einer Entziehung oder Vorenthaltung der Rechtsausübung besteht.[3])

Hierher gehört vor allem die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB., die dem Schutze des Eigentums beweglicher wie unbeweglicher Sachen dient. Es muß tatsächlich bereits eine Störung des Eigentums vorliegen. Ist noch keine Störung erfolgt, so kann sich der Kläger nur mit der Feststellungsklage des § 256 ZPO. helfen, wenn er ein Interesse an der richterlichen Feststellung der Freiheit seines Eigentums dartun kann.[4])

In letzterem Falle wäre aber die Urheberbenennung ausgeschlossen, denn § 77 ZPO. fordert ausdrücklich eine Leistungsklage, eine Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigung.[5])

Trotz fast gleicher Rechtslage ist die Urheberbenennung nicht zulässig bei der Besitzstörungsklage des § 862 BGB.[6]) Für die Versagung kann hier zunächst der gleiche Grund angeführt werden, der oben gegen die Zulässigkeit der Urheberbenennung bei den Klagen aus §§ 861 ff. BGB. geltend gemacht wurde. Ferner aber folgt die Unmöglichkeit der Anwendung der Urheberbenennung aus der Fassung des § 77: Klage desjenigen, dem ein „Recht an der Sache" zusteht. Der Besitz ist zwar ein Recht, aber kein dingliches Recht, kein Recht an der Sache.[7])

Ebensowenig gehören hierher die Klagen, die zwar auch auf Beseitigung oder Unterlassung von Beeinträchtigungen gehen, bei denen zwar absolut wirksame, aber nicht Rechte an einer Sache geltend gemacht werden.[8]) Dies sind die Klagen aus dem Namen- und Firmenrecht (BGB. § 12, HGB. § 37), aus dem Patent- oder Warenzeichenrecht.[9])

Als Klagen, die wegen Beeinträchtigung eines Rechts erhoben werden können, kommen in Betracht: die der Klage aus § 1004 entsprechenden Klagen des Erbbauberechtigten (BGB. § 1017), des

---

[3]) Seuffert a. a. O. S. 132.
[4]) Dernburg Bd. 3 S. 386 ff.
[5]) Hellwig, Rechtskraft S. 72 f.; Marcus S. 42.
[6]) A. M. anscheinend Sydow-Busch zu § 77; ebenso Kretzschmar S. 30.
[7]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 224; Struckmann-Koch S. 91.
[8]) Gaupp-Stein a. a. O.
[9]) vgl. unten § 6.

Inhabers einer Dienstbarkeit (BGB. §§ 1027, 1029, 1090), des Nießbrauchers (BGB. § 1065) sowie des Pfandgläubigers bei beweglichen Sachen (BGB. § 1227).

In allen diesen Fällen muß der Beklagte behaupten, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben. Während im § 76 verlangt wird, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der im § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen behauptet, geht der § 77 weiter. Hier genügt schon für die Passivlegitimation die Eigenschaft als Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. Der Beklagte kann also behaupten, als Angestellter, Beauftragter, Mieter, Pächter usw. eines Dritten die Störung vorgenommen zu haben.

Auch hier zeigt sich die Bedeutung der Urheberbenennung als eine dem am Ausgang des Rechtsstreits nicht interessierten Beklagten gewährte Rechtswohltat. Fast in noch höherem Grade als in den Fällen des § 76 ist es eine Notwendigkeit, hier dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, eines Rechtsstreits, der ihm gleichgültig sein muß, ledig zu werden. Wer im Auftrage eines anderen über ein fremdes Grundstück gefahren ist und ständig weiterfährt, um dort Schutt abzuladen, dem kann nicht zugemutet werden, wenn der Eigentümer des Grundstücks ihn belangt, sich auf den Rechtsstreit einzulassen.

§ 6.

Der § 9 Abs. 4 des Warenzeichengesetzes.

Einen von den in §§ 76, 77 ZPO. geregelten Fällen der Urheberbenennung durchaus verschiedenen Fall behandelt der § 9 Abs. 4 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen[1]) v. 12. 5. 1894. Dort ist für die Klage auf Löschung eines Warenzeichens in den Fällen des § 9 folgendes bestimmt:

> Abs. 3: „Der Antrag auf Löschung ist im Wege der Klage geltend zu machen und gegen den eingetragenen Inhaber oder, wenn dieser gestorben, gegen dessen Erben zu richten."
>
> Abs. 4: „Hat vor oder nach Erhebung der Klage ein Übergang des Warenzeichens auf einen anderen stattgefunden, so ist die Entscheidung in Ansehung der Sache auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. Auf die Befugnis des Rechtsnachfolgers, in den Rechts-

[1]) vgl. Kent S. 149; Allfeld, Komm. S. 540; Schmid S. 82; Hellwig, Rechtskraft S. 78f.

streit einzutreten, finden die Bestimmungen der §§ 63 bis 66 und 73 der ZPO. (a. F.) entsprechende Anwendung."

Während in den Fällen der §§ 76 und 77 ZPO. für die Passivlegitimation des Beklagten eine Beziehung zu einer Sache gefordert wurde, ist im Falle des § 9 Abs. 4 Satz 2 die Passivlegitimation des Beklagten allein dadurch gegeben, daß er in der Zeichenrolle noch eingetragen ist, gleichviel ob er tatsächlich noch berechtigter Inhaber ist oder nicht. Um den § 76 ZPO. entsprechend anwenden zu können, muß der Fall vorliegen, daß vor oder nach Erhebung der Klage ein Übergang des Zeichenrechtes ohne Eintragung in die Zeichenrolle stattgefunden hat. Dann gilt nach außen hin der eingetragene Nichtinhaber oder seine Erben weiter als passiv legitimiert.

Gemäß § 7 WG. kann das durch die Eintragung begründete Zeichenrecht durch formlosen Vertrag übertragen werden, ohne daß eine Eintragung in die Zeichenrolle erfolgen muß. Diese Möglichkeit bringt aber für Veräußerer und für Erwerber Nachteile. Denn in ihrem inneren Verhältnis ist die rechtsgültige Übertragung auch ohne Eintragung in die Zeichenrolle sofort wirksam, gegenüber Dritten aber und dem Patentamt behält der eingetragene Nichtinhaber die fortdauernde Befugnis zur Ausübung der zeichenrechtlichen Ansprüche.[2]) Darum wird auch die Löschungsklage gegen den Eingetragenen gerichtet. Dieser wird in einem solchen Falle, um der Verantwortung gegenüber dem Erwerber zu entgehen, entweder eine Streitverkündung vornehmen oder seinen Urheber benennen.

Die Bezeichnung „Urheberbenennung" trifft zwar auf den Fall des § 9 nicht gerade ohne weiteres zu. Denn der Urheber ist hier eigentlich der Beklagte selbst, von ihm leitet der nichteingetragene Erwerber sein Recht ab. Es handelt sich aber hier nur um eine entsprechende Anwendung des § 76 ZPO. Und auch hier tritt die rechtliche Natur der Urheberbenennung deutlich zutage. Wenn auch § 76 ZPO. im § 9 Abs. 4 WG. nur insoweit entsprechende Anwendung finden soll, als es sich um die Befugnis des Rechtsnachfolgers handelt, in den Rechtsstreit einzutreten, so zeigt sich auch hierin schon der Charakter der Urheberbenennung als einer dem Beklagten gewährten Rechtswohltat. Auch ihre Natur als Prozeßeinrede muß die Urheberbenennung hier behalten. Gegen Hellwig[3]) muß m. E. angenommen werden, daß auch der § 76 Abs. 1 ZPO. entsprechende Anwendung hier zu finden hat.

---

[2]) Kent a. a. O.

[3]) Hellwig, Rechtskraft S. 79.

Es muß eine den Vorschriften des § 76 Abs. 1 ZPO. entsprechende Benennung stattgefunden haben. Nur dann ist der im § 9 Abs. 4 WG. vorgesehene Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Rechtsstreit möglich. Es steht ja dem Beklagten frei, eine Streitverkündung oder eine Urheberbenennung vorzunehmen. Im ersten Falle wird der Rechtsnachfolger Nebenintervenient, sogar streitgenössischer Nebenintervenient, da § 69 ZPO. für anwendbar erklärt ist.[4]) Hier bleibt aber der Beklagte weiter Prozeßpartei. Nimmt er aber eine formelle Urheberbenennung vor, dann ist es dem Beklagten gestattet, aus dem Rechtsstreit auszuscheiden, der Rechtsnachfolger wird an seiner Stelle Hauptpartei.

Es muß hier gegen die Ausführungen Hellwigs[5]) Stellung genommen werden. Dieser lehrt folgendes: „Die entsprechende Anwendung des § 76 ZPO. hat den Sinn, daß der Rechtsnachfolger nach erlangter Eintragung berechtigt ist, an Stelle des Nichtberechtigten, der aber nach jener Sonderbestimmung trotzdem der richtige Beklagte war, mit dessen Zustimmung den Prozeß zu übernehmen. Ist die Eintragung des Nachfolgers nach der Klagerhebung, aber vor der ersten Verhandlung erfolgt, so kommt auch der § 76 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung".

M. E. verkennt Hellwig hier die Bedeutung des § 9 Abs. 4 vollständig. Er will den § 76 ZPO. nur dann angewendet wissen, wenn die Eintragung des Rechtsnachfolgers erfolgt ist. Der § 9 Abs. 4 spricht aber nur davon, daß „vor oder nach Erhebung der Klage ein Übergang des Warenzeichens auf einen anderen stattgefunden hat". Das Gesetz versteht unter dem Übergang des Warenzeichens nur die formlose Übertragung ohne Eintragung in die Zeichenrolle. Hellwig aber scheint darunter „die erlangte Eintragung" zu verstehen. Bei einer solchen Auslegung gibt aber eine entsprechende Anwendung des § 76 ZPO. gar keinen Sinn. Ist einmal vor Erhebung der Klage die Eintragung des Rechtsnachfolgers erfolgt, dann kann § 76 überhaupt nicht mehr in Frage kommen. Denn dann ist nur der Rechtsnachfolger für die Löschungsklage passiv legitimiert, gegen den Veräußerer, der dann bereits gelöscht ist, kann die Klage gar nicht mehr erhoben werden; von einem Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Rechtsstreit kann demgemäß dann nicht mehr die Rede sein. Der § 9 Abs. 4 hat den Fall, daß vor oder nach Erhebung der Klage die Eintragung des Erwerbers erfolgt, gar nicht im Auge, sondern einzig und allein nur den Fall, daß vor oder nach Erhebung

---

[4]) Allfeld a. a. O. S. 540 Note 6.
[5]) Hellwig, Rechtskraft S. 79, 329.

der Klage ein Übergang des Warenzeichens ohne Eintragung des Erwerbers stattgefunden hat.

M. E. ist die entsprechende Anwendung des § 76 ZPO. im § 9 Abs. 4 WG. folgende:

Die Löschungsklage ist gegen den eingetragenen Inhaber des Warenzeichens erhoben. Der Beklagte behauptet, er sei nicht mehr Inhaber: vor (oder nach) Erhebung der Klage habe ein Übergang des Zeichens auf einen Dritten stattgefunden. Er benennt diesen Dritten den Kläger, verkündet dem Dritten den Streit und ladet den Dritten zur Erklärung über seine Behauptung. Voraussetzung ist immer, daß der Beklagte noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat (nachher könnten die Wirkungen der Urheberbenennung nur mit Zustimmung aller Beteiligten eintreten). Sind alle diese Voraussetzungen von dem Beklagten erfüllt, so hat er das Recht, bis zur Erklärung des Dritten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Erscheint der Rechtsnachfolger im Termine und erkennt er die Behauptung des Beklagten als richtig an, so ist er berechtigt, mit dessen Zustimmung an Stelle des Beklagten den Prozeß zu übernehmen. Dieses Recht hat der Rechtsnachfolger auch, wenn keine formelle Streitverkündung und Ladung vorausgegangen ist. In noch höherem Grade als bei dem Regelfall der Urheberbenennung[6]) muß man hier dem Rechtsnachfolger das Recht zusprechen, den Prozeß zu übernehmen, wenn er auf eine außergerichtliche Benachrichtigung des Beklagten im Termine erscheint und sich zur Prozeßübernahme bereit erklärt.

Abs. 1 des § 76 und ebenso Abs. 3 Satz 1 müssen in vollem Umfange hier Anwendung finden. Nicht anwendbar ist hier der Abs. 2 des § 76, welcher dem Beklagten das Recht gibt, dem Klagantrage zu genügen. Denn Abs. 4 des § 9 erklärt den § 76 ZPO. ausdrücklich nur insoweit für anwendbar, als es sich um die Befugnis des Rechtsnachfolgers handelt, in den Rechtsstreit einzutreten.

Drittes Kapitel.

§ 7.

Form und Zeit der Urheberbenennung.

Der § 76 ZPO. macht das Recht des beklagten Besitzmittlers zur Urheberbenennung von der Beobachtung bestimmter Formalien abhängig:

---

[6]) vgl. unten S. 33.

„... wenn er dem mittelbaren Besitzer vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet ..."

Danach vollzieht sich die Urheberbenennung in folgenden drei Akten:

1. Streitverkündung des Beklagten an den mittelbaren Besitzer,
2. Ladung des mittelbaren Besitzers zur Erklärung,
3. Benennung des mittelbaren Besitzers an den Kläger.

1. Die Streitverkündung erfolgt nach der Vorschrift des § 73 ZPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreites anzugeben sind. Der Schriftsatz muß demnach folgendes enthalten:

a) die Bezeichnung des anhängigen Rechtsstreits durch Angabe der Parteien, des Gerichts und des Streitgegenstandes;

b) den Grund der Streitverkündung, d. h. die Bezeichnung des Rechtsverhältnisses, welches den Grund für die Streitverkündung bildet;

c) die Angabe der Lage des Rechtsstreits zur Zeit der Benachrichtigung. Da hier die Streitverkündung vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgenommen werden soll, eine gerichtliche Verhandlung somit nicht stattgefunden hat, wird der Beklagte diesem Erfordernis, „die Lage des Rechtsstreits anzugeben", am besten und einfachsten durch abschriftliche Mitteilung der Klage und der etwa schon gewechselten Schriftsätze nachkommen.[1])

Abschrift dieses Schriftsatzes muß nach § 73 Abs. 2 ZPO. der Kläger erhalten. Auch dem Gericht ist in entsprechender Anwendung des § 133 ZPO. eine Abschrift dieses Schriftsatzes zu übergeben, da er für die folgende Verhandlung die Bedeutung eines vorbereitenden Schriftsatzes hat.[2])

2. Während bei der Streitverkündung des § 73 ZPO. eine Ladung nicht erforderlich ist, eine etwa erfolgte Ladung ohne rechtliche Bedeutung[3]) ist, ist bei der Urheberbenennung die Ladung vorgeschrieben. „Zur Erklärung" ist der Benannte zu laden. Ob eine nähere Angabe erforderlich ist, worüber er sich erklären soll, ist im Gesetz nicht gesagt. M. E. braucht der Ladungsschriftsatz eine solche Angabe nicht zu enthalten.[4]) In der Regel wird ja Streitverkündung und Ladung in einen Schriftsatz aufgenommen werden (vgl. § 214 ZPO.). Wenn in der Streitverkündung der

---

[1]) Krug a. a. O. S. 355.
[2]) Kleinfeller, Lehrb. S. 137.
[3]) RG. Bd. 10 S. 292.
[4]) A. M. Krug a. a. O. S. 355 f.

Grund derselben, die Lage des Rechtsstreits, angegeben wird, z. B. also etwa, daß der Beklagte als Besitzer der Sache auf Herausgabe der Sache belangt sei, daß er die Sache von dem Benannten gepachtet habe, und wenn nun weiter der Benannte „zur Erklärung" geladen wird, so ist dem Benannten zur Genüge klar gemacht, worüber er sich erklären soll. Es ist daher jeder weitere Hinweis, worüber er sich erklären soll, überflüssig.

Die Ladung muß selbstverständlich zu einem bestimmten Termin erfolgen. Daß dieser Termin derselbe sein muß[5]) wie der auf der Klagschrift zur Hauptverhandlung anberaumte, ist nicht unbedingt notwendig und mitunter auch nicht möglich. Denn wegen der Kürze der Zeit wird mit Rücksicht auf § 217 ZPO. (Ladungsfrist) oft nichts anderes übrig bleiben, als einen anderen Termin anzusetzen. Ist jedoch noch genügend Zeit bis zum Hauptverhandlungstermin vorhanden, so wird am praktischsten der Beklagte den Benannten zu diesem Termine laden. An sich ist zwar Ladung zu einem bestimmten Termin gar nicht zulässig, denn der Beklagte kann den Ladungsschriftsatz nur einreichen mit der Bitte um Anberaumung eines Termins; den Termin aber bestimmt nach § 216 Abs. 2 ZPO. der Vorsitzende des Gerichts. Dieser wird jedoch den Termin, und insbesondere auf ein etwaiges Gesuch des Beklagten, auf den zur Verhandlung zur Hauptsache anstehenden Termin ansetzen.[6])

3. Streitig ist, in welcher Form die Benennung an den Kläger zu erfolgen hat.

a) Nach Fitting[7]) liegt die Benennung schon in der durch § 73 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebenen abschriftlichen Mitteilung der Streitverkündung, die aber hier, weil sich daran auch dem Kläger gegenüber bestimmte Wirkungen knüpften, durch Zustellung erfolgen müsse.

b) Petersen[8]) verlangt außerdem noch die besondere Mitteilung an den Kläger, „daß der Beklagte im Namen des mittelbaren Besitzers besitze und ihn als Urheber benenne". Beide Erklärungen hätten in dem nämlichen Schriftsatze zu erfolgen.

c) Schließlich wird auch die mündliche Benennung im Termin für ausreichend erklärt.[9])

M. E. ist diese letzte Ansicht die richtige. Der § 76 Abs. 1 ZPO. bestimmt, daß Streitverkündung und Ladung „unter Be-

---

[5]) So anscheinend Kleinfeller S. 142.
[6]) Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis S. 143 f.
[7]) Fitting S. 377 Anm. 1; ebenso Kleinfeller S. 142.
[8]) Petersen Bd. 1 S. 204.
[9]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221; Krug S. 357.

nennung an den Kläger" zu erfolgen habe. Auf diese Fassung kann nicht die Ansicht gestützt werden, daß die Benennung vor dem Termin durch Schriftsatz erfolgen müsse. Mit Recht macht Krug[10]) darauf aufmerksam, daß der Kläger durch die Benennung im Termin niemals überrascht werden könne, da er durch die abschriftliche Mitteilung der Streitverkündung bereits von den wesentlichen Behauptungen des Beklagten Kenntnis erlangt habe.

Alle im § 76 ZPO. genannten Formen der Urheberbenennung sind lediglich im Interesse des Beklagten und des Benannten gegeben; wenn diese Personen auf die Beachtung der Formen verzichten, kann sich der Kläger auf die Nichtbeachtung der Formalien nicht berufen. Daraus folgt, daß die Urheberbenennung auch ohne Beobachtung der Formalien, ohne Streitverkündung und Ladung, ohne schriftliche Benennung an den Kläger vor dem Termine zulässig ist. Wenn z. B. der Beklagte ohne vorhergehende Streitverkündung und Ladung den Benannten zum Hauptverhandlungstermin gleich mitbringt, der Benannte sich als mittelbarer Besitzer bekennt und zur Übernahme des Prozesses bereit ist, so ist erreicht, was sonst durch formelle Streitverkündung, Ladung und Benennung erreicht worden wäre. Diese Ansicht hat das Reichsgericht in einer Entscheidung im Bd. 22 S. 395 ausgesprochen und dort folgendes ausgeführt:

„Es ist immer darauf zu sehen, daß in der Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Formen keine Erschwerung der Rechtsverfolgung des Klägers liegt. Aber es wird keine Erschwerung, sondern eine Förderung der Prozeßführung des Klägers sein, wenn der Beklagte, statt sich vorläufig auf Streitverkündung und Ladung des Auktors zu beschränken, das Weitere bewirkt, daß der Auktor sofort in dem mit ihm, dem Beklagten, angesetzten Verhandlungstermine den Prozeß übernimmt. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber nutzlose Formvorschriften einführen wollte, und darum ist es unwahrscheinlich, daß der Kläger, ohne sachlich daran interessiert zu sein, aus dem Unterbleiben der Streitverkündung und Ladung an den Auktor einen Einwand gegen die Gültigkeit der von demselben sofort erklärten Prozeßübernahme sollte ableiten dürfen."[11])

Ist aber ohne vorhergehende Streitverkündung und Ladung der Benannte auf eine private Aufforderung des Beklagten hin im Verhandlungstermin erschienen, so ist der Beklagte bei einer Weigerung des Benannten, den Prozeß zu übernehmen, nicht berechtigt, gemäß § 76 Abs. 2 ZPO. dem Klagantrage zu genügen.

---

[10]) Krug S. 357.
[11]) RG. Bd. 22 S. 395.

Ist dagegen der Benannte nach formeller Streitverkündung und Ladung, aber ohne formelle Benennung an den Kläger im Termine erschienen, so ist der Benannte nicht befugt, unter Berufung darauf, daß keine formelle Benennung stattgefunden habe, die Prozeßübernahme zu verweigern. Denn wenn der Kläger, in dessen Interesse allein die Benennung erfolgt, sich mit einer formlosen Benennung begnügt, kann der Benannte, der dadurch nicht benachteiligt wird, keine förmliche Benennung verlangen. Bei seiner Weigerung zur Prozeßübernahme ist hier der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.[12])

Die Urheberbenennung soll nach § 76 Abs. 1 ZPO. „vor der Verhandlung zur Hauptsache" geschehen sein. Daraus folgt, daß, sobald der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat, grundsätzlich das Recht des Beklagten zur Urheberbenennung verwirkt ist. Da jedoch der § 76 durch seine Formvorschriften nur das Interesse aller Beteiligten wahren will, an sich auch einem Eintritt des Benannten in den Rechtsstreit nach Verhandlung zur Hauptsache nichts entgegensteht, so muß auch nach diesem Zeitpunkt mit Einwilligung aller Beteiligten die Urheberbenennung mit den Wirkungen des § 76, also Entlassung des Beklagten und Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten, zulässig sein.[13])

Ist der Kläger jedoch mit der Urheberbenennung *nach* der Verhandlung zur Hauptsache nicht einverstanden, so ist eine unter Widerspruch des Klägers erfolgte Benennung wirkungslos. Weigert der Beklagte nunmehr die Verhandlung zur Hauptsache, so kann der Kläger gegen ihn Versäumnisurteil beantragen.

Ist vor Verhandlung zur Hauptsache gegen den nicht erschienenen Beklagten Versäumnisurteil erlassen worden, so kann der Beklagte, wenn er gegen das Versäumnisurteil Einspruch erhebt, immer noch eine bisher unterlassene Urheberbenennung nachholen. Denn bei Zulässigkeit des Einspruchs wird nach § 342 ZPO. der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand. In diesem Zeitpunkt aber war noch nicht zur Hauptsache verhandelt, der Beklagte kann daher den Urheber benennen.[14])

Dasselbe gilt, wenn es im ersten Termine nicht zu kontradiktorischer Verhandlung, sondern zur Vertagung kommt; auch hier kann die Urheberbenennung nachgeholt werden.[15])

---

[12]) Krug S. 364.

[13]) Petersen Bd. 1 S. 204; Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 142; Krug S. 365.

[14]) Petersen Bd. 1 S. 204.

[15]) Petersen a. a. O.; Krug S. 361.

Viertes Kapitel.

Die Wirkungen der Urheberbenennung.

§ 8.

a) Eine Prozeßeinrede für den Beklagten.

Die vom Beklagten vorgenommene formelle Urheberbenennung gibt ihm, wie schon oben[1]) näher ausgeführt worden ist, das Recht, „bis zur Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern" (§ 76 Abs. 1 ZPO.). Mit dieser Vorschrift ist zugleich eine Präklusivfrist für das Weigerungsrecht des Beklagten geschaffen. Erheblich ist die Frage, wann die Erklärung des Benannten als abgegeben gilt, ob auch eine außergerichtliche Erklärung rechtliche Wirkung hat. Die herrschende Meinung nimmt an, daß die Erklärung des Benannten auf die Urheberbenennung nur mündlich im Termin erfolgen kann,[2]) daß demnach der Beklagte bis zur Abgabe der Erklärung im Termin oder, falls im Termin keine Erklärung abgegeben wird, bis zum Schlusse dieses Termins sein Weigerungsrecht hat. M. E. ist aus der Vorschrift des § 76 Abs. 1 keineswegs zu entnehmen, daß die Erklärung des Benannten unter allen Umständen im Termine abgegeben sein muß. Die Erklärung des Benannten ist nur im Interesse des Beklagten; steht einmal durch eine schriftsätzlich niedergelegte, beiden Parteien zugestellte Erklärung des Benannten fest, wie er sich auf die Behauptung des Beklagten verhalten will, so darf der Beklagte nunmehr nicht mehr die Verhandlung zur Hauptsache verweigern. Der Kläger ist nunmehr, nachdem z. B. der Benannte unzweideutig seine Erklärung dahin abgegeben hat, daß er die Behauptung des Beklagten bestreite, berechtigt, eine Entschließung des Beklagten, event. Verhandlung zur Hauptsache zu verlangen. Der Beklagte ist in einem solchen Falle auch zu dem ihm im Abs. 2 § 76 ZPO. eingeräumten Recht befugt, dem Benannten gegenüber ist er von jeder Verantwortung frei.

Geht dagegen vor dem Termine keine Erklärung des Benannten ein, bleibt sie auch im Termine aus, so ist der Beklagte berechtigt, bis zum Schluß des Termins die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern. Dieser Erklärungstermin ist auch für

---

[1]) vgl. oben § 2.
[2]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221; Struckmann-Koch S. 90.

den Fall, daß er mit dem Hauptverhandlungstermin auf denselben Tag anberaumt ist, stets als besonderer Termin zu behandeln. Der einzige Zweck desselben ist, eine Erklärung des Benannten zu erhalten. Daher geht der Erklärungstermin dem Hauptverhandlungstermin voraus, daher ist ferner auch die Anwesenheit des Klägers in diesem Termin nicht erforderlich, sein Ausbleiben also keine Versäumnis.[3]) Mit dem Schlusse dieses Termins steht fest, daß der Benannte keine Erklärung abgegeben hat.

Das weitere Verfahren hängt von dem Verhalten des Benannten ab. Folgende Fälle sind möglich:

1. Der Benannte erklärt sich überhaupt nicht, oder er erscheint im Termin, ohne eine Erklärung abzugeben;
2. er bestreitet die Behauptung des Beklagten;
3. er erkennt sie als richtig an, ist aber zur Prozeßübernahme nicht bereit;
4. er erkennt die Behauptung als richtig an und ist zur Prozeßübernahme bereit.

Die drei ersten Fälle geben dem Beklagten die gleichen Befugnisse, sie werden daher im folgenden zusammen in einem Paragraphen behandelt.

§ 9.

b) Die Rechte des Beklagten, bei der Weigerung des Benannten den Prozeß zu übernehmen.

Man kann m. E. mit vollem Recht in den eben genannten ersten drei Fällen von einer Weigerung des Benannten zur Prozeßübernahme schlechthin sprechen. Der § 76 Abs. 2 hat nur die zwei ersten Fälle im Auge:

> „Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen".

Mit einem solchen Verhalten will der Benannte nur seine Gleichgültigkeit gegenüber dem Rechtsstreit kundgeben; jedenfalls zeigt er damit, daß er sich weigert einen Rechtsstreit zu führen, der ihn in erster Linie angeht, gibt dadurch zu erkennen, daß er die fremde Prozeßführung dulden will. Wenn nun der Benannte zwar die Behauptung des Beklagten als richtig anerkennt, trotzdem aber die Übernahme des Rechtsstreits verweigert, so liegt hier der Fall nicht anders als in den in § 76 Abs. 2 vorgesehenen

---

[3]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 221.

Fällen[1]), darum muß auch in diesem Fall der Abs. 2 Anwendung finden. Hier erweist der Benannte sein Interesse an der Sache in noch geringerem Maße als in den Fällen der Nichterklärung oder des Bestreitens; er sagt ausdrücklich: ich bin mittelbarer Besitzer, aber ich bin nicht geneigt, den Rechtsstreit zu übernehmen. Hier tritt die Gleichgültigkeit des Benannten gegenüber dem Streit um die eigene Sache, gegenüber der Gefahr einer Prozeßführung durch den meistens schlecht orientierten Beklagten in weit höherem Grade zutage als in den Fällen des Abs. 2, darum muß auch dieser Fall nach der Vorschrift des Abs. 2 behandelt werden.[2])

In allen diesen Fällen hat der Beklagte folgende Rechte:

1. er kann dem Klagantrage genügen; oder
2. er kann den Rechtsstreit weiter fortsetzen; oder
3. er kann sich ganz passiv verhalten.

1. Es ist eine Streitfrage, welche Bedeutung hier die Vorschrift hat: „der Beklagte ist berechtigt, dem Klagantrage zu genügen". Nach der einen Ansicht ist unter dem „Genügen" ein förmliches Anerkenntnis zu verstehen, auf das nach dem Antrage des Klägers gemäß § 307 ZPO. Anerkennungsurteil zu erlassen sei, in dem Beklagter auch zu den Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen sei.[3]) Die herrschende Meinung[4]) sieht aber mit Recht in dem „Genügen" schon die tatsächliche Befriedigung des Klägers. Durch die Fassung des § 76 Abs. 2 soll grade ein Urteil erspart werden; der Beklagte ist befugt, ohne weiteres die Sache herauszugeben. In der Praxis wird es aber trotzdem meistens zu einem Anerkenntnisurteil kommen, schon mit Rücksicht auf die Frage der Tragung der bisher entstandenen Kosten. Ferner wird in den Fällen des § 77 ZPO. der Beklagte oft gar nicht anders dem Klagantrage genügen können, als daß er den Anspruch anerkennt.

2. Der Beklagte ist berechtigt, dem Klagantrage zu genügen, d. h., es ist ganz seinem Willen überlassen, wie er sich sonst verhalten will. So kann er sich natürlich auch ganz passiv verhalten, so daß in einem späteren Termine ein Versäumnisurteil gegen ihn verlangt werden darf[5]).

3. Der Beklagte hat schließlich auch das Recht, den Prozeß weiter fortzuführen. Dazu wird er sich aber nur im Notfalle

---

[1]) A. M. Gaupp-Stein S. 222; Petersen Bd. 1 S. 205; Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 145; Marcus S. 44.

[2]) Krug S. 369 f.

[3]) Meyer S. 145.

[4]) Gaupp-Stein a. a. O.; Wilmowski-Levy a. a. O.; JurW. 1884 S. 8 Ziff. 3.

[5]) Seuffert Bd. 1 S. 129.

entschließen, nämlich dann, wenn er befürchtet, wegen Zahlungsunfähigkeit gegen den Benannten keinen Regreß nehmen zu können. Ist er in einem solchen Falle mit den Rechtsverhältnissen der beanspruchten Sache vertraut, so wird er es vorziehen, sich auf den Prozeß einzulassen als sich dadurch, daß er dem Klageantrage genügt, aller Rechte zu begeben[6] [6a] [6b].

In diesem Rechtsstreit kann der Beklagte alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, die er als Besitzmittler hat, namentlich kann er sich auf alle selbständigen Rechte an der Sache, wie Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht, stützen. Dem Benannten steht es in diesem Falle frei, als Haupt- oder Nebenintervenient aufzutreten. Wird er Nebenintervenient, so hat er keine weitergehenden Rechte als jeder andere Nebenintervenient, er wird daher nicht streitgenössischer Nebenintervenient im Sinne des § 69 ZPO. Er kann nicht seine eigenen Rechte, sondern nur die des Beklagten geltend machen.[7] Die gegenteilige Ansicht hat das Reichsgericht in einer Entscheidung im 32. Bd. S. 31 ausgesprochen:

> „ . . daß in diesem Falle der Nebenintervenient alle *seine* Rechte geltend zu machen befugt sein muß, versteht sich von selbst; die Nomination bezweckt grade, die dem Auktor allein mögliche bessere Verteidigung in seinem und des Detentors Interesse nicht abzuschneiden. . .“

Gegen diese Entscheidung ist folgendes anzuführen:

a) Nachdem einmal eine Prozeßübernahme durch den Benannten nicht stattgefunden, die Nomination also keinen Erfolg gehabt hat, kann von dem „Zwecke der Nomination“, um die es sich nunmehr gar nicht mehr handelt, auch keine Rede sein. Aus dem Zwecke der Nomination läßt sich daher ein Grund, dem Benannten die Rechte eines streitgenössischen Nebenintervenienten zu geben, nicht herleiten.

b) der Hauptfall, in dem es zu einer Nebenintervention des Benannten kommen wird, ist der vorliegende: der Benannte hat sich geweigert, den Prozeß zu übernehmen. Damit hat er sich mit der Prozeßführung des Beklagten einverstanden erklärt und

---

[6]) *Meyer* a. a. O. S. 145.

[6a]) Wenn der Beklagte den Prozeß fortführt, so ist er nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO. dem Benannten gegenüber stets gegen die Behauptung, daß der Prozeß unrichtig entschieden oder mangelhaft geführt sei, durch die erfolgte Streitverkündung geschützt. Vgl. *Gaupp-Stein* Bd. 1 S. 222. — Der Beklagte wird insbesondere dann den Rechtsstreit fortsetzen, wenn ihm selbst weitgehende dingliche Rechte an der Sache zustehen, vgl. *Krug* S. 388.

[7]) *Krug* S. 388; *Gaupp-Stein* Bd. 1 S. 222; *Wilmowski-Levy* Bd. 1 S. 144.

zu erkennen gegeben, daß er sich nur mit einer unterstützenden Tätigkeit begnügen wolle. Wollte man ihm nun die Rolle eines Intervenientstreitgenossen geben, so würde er ja wider seinen Willen das werden, was er grade vermeiden wollte: Hauptpartei.[8])

c) Nach § 69 ZPO. soll der Nebenintervenient nur dann als Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des § 61 ZPO. gelten, wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozesse erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältnis des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist. Wollte man § 69 hier für anwendbar erklären, so müßte man annehmen, daß die Entscheidung im Hauptprozesse Rechtskraft gegen den nicht beigetretenen Nominaten macht. Das würde aber dem Abs. 4 § 76 grade zuwiderlaufen, nach welchem die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst nur dann gegen den Benannten und den Beklagten wirkt, wenn der Benannte mit Zustimmung des Beklagten in dessen Parteistellung sukzediert.[9])

Der als Nebenintervenient auftretende Benannte kann daher zwar selbständig Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen, aber nur zur Unterstützung des Beklagten.[10])

Eine Hauptintervention wird seltener sein, jedenfalls wird sie kaum in den hier behandelten Fällen vorkommen. Nur in dem Falle wird der Benannte eine Hauptintervention vornehmen, wenn der Beklagte seine Zustimmung zur Prozeßübernahme durch den Benannten nicht gibt (§ 76 Abs. 3 Satz 1) und nun der Benannte vom Beklagten den Besitz der Sache verlangt, der Beklagte jedoch die Herausgabe verweigert.[11])

Wir müssen hier noch eingehen auf die Wirkung des Urteils in dem Rechtsstreit zwischen Kläger und beklagtem Besitzmittler. Hat der Beklagte dem Klagantrage genügt oder ist in dem fortgesetzten Rechtsstreit ein Urteil ergangen, so wirkt dieses Urteil nicht gegen den Benannten. Für die Rechtskrafterstreckung fehlt jede Voraussetzung; denn der beklagte Besitzmittler prozessiert nur über den gegen ihn selbst gerichteten Anspruch, das Urteil ergeht nur gegen ihn.[12]) Selbst wenn der mittelbare Besitzer die Sache während des Prozesses von dem Beklagten zurückerlangt, wirkt das Urteil nicht gegen den Benannten, weil der Benannte schon vor dem Prozeßbeginn Besitzer war (§ 868 BGB.) und deshalb

---

[8]) Hellmann, Lehrb. S. 244.
[9]) Hellmann S. 244.
[10]) Marcus S. 44.
[11]) Hellmann a. a. O.
[12]) Hellwig, Rechtskraft S. 78; Wach, Handb. Bd. 1 S. 630.

nicht Nachfolger des Beklagten im Besitze sein kann[13]) und somit eine Rechtsnachfolge in den Besitz im Sinne der Zivilprozeßordnung überhaupt nicht möglich ist.[14]) Die selbstverständliche Folge ist die, daß der Benannte seinerseits von neuem gegen den Kläger vorgehen kann.[15]) Da der Kläger nach einem Anerkenntnis des beklagten Besitzmittlers nach § 76 Abs. 2 ZPO. immer noch eine Klage des Benannten zu fürchten hat, so wird er am besten diesem Schwebezustand durch eine Feststellungsklage gegen den Benannten ein Ende machen.[16]) Ist der Kläger im Rechtsstreit gegen den Besitzmittler unterlegen, so kann er nunmehr gegen den Benannten nochmals klageweise vorgehen.[17])

§ 10.

c) Die Prozeßübernahme durch den Benannten.

Erkennt der Benannte die Behauptung des Beklagten als richtig an, so ist er nach Abs. 3 § 76 ZPO. berechtigt, den Prozeß an Stelle des Beklagten zu übernehmen. Dieses Recht des Benannten zur Prozeßübernahme ist grundsätzlich unabhängig von der Zustimmung des Klägers, abhängig jedoch von der Zustimmung des Beklagten. Daß dieser seine Zustimmung erteilen wird, wird wohl die Regel bilden; denn wenn er erst einmal seinen Urheber benannt hat, wird er auch mit der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten einverstanden sein. Nur zu diesem Zweck nimmt er ja die Urheberbenennung vor. Wünschte er keine Prozeßübernahme durch den Benannten, so konnte er sich ja mit bloßer Streitverkündung begnügen.

Der Kläger kann nur in folgenden Fällen seine Zustimmung zur Prozeßübernahme verweigern:

a) Er kann geltend machen, daß im vorliegenden Falle die Urheberbenennung gar nicht zulässig sei, oder daß die Formalien nicht beobachtet seien.

b) Nach § 76 Abs. 3 Satz 2 kann er seine Zustimmung nur insoweit verweigern, als er Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte auf Grund eines Rechtsverhältnisses der in Abs. 1 genannten Art besitzt". Darunter sind Ansprüche zu verstehen, die der Kläger neben dem Haupt-

---

[13]) Hellwig a. a. O. S. 78 Anm. 23 a. E.
[14]) Marcus S. 43.
[15]) Fitting S. 377 Anm. 3.
[16]) Krug S. 374 f.
[17]) Marcus a. a. O.

anspruch, also z. B. neben dem Anspruch auf Herausgabe der Sache geltend macht, Nebenansprüche, die auch „materiellrechtlich betrachtet nicht den Benannten, sondern den Beklagten selbst tangieren, wie Ansprüche auf Nutzungen, die der Beklagte gezogen hat oder hätte ziehen können, oder auf Schadensersatz wegen einer schuldhaften Handlung des Beklagten".[1]) Bezüglich dieser Nebenansprüche ist der Kläger nicht verpflichtet, den Benannten als Nachfolger im Prozeß bezw. als Schuldner aufzunehmen.[2])

Aus der Fassung des § 76: „Die Zustimmung des Klägers ist nur *insoweit* erforderlich. . ." ist zu folgern, daß trotzdem der Benannte den Prozeß bezüglich des Hauptanspruchs übernehmen kann; bezüglich des Nebenanspruchs bleibt der Beklagte im Prozesse. In diesem Falle findet aber nicht, wie Krug[3]) annimmt, eine Spaltung in zwei Prozesse statt, hier werden vielmehr Beklagter und Benannter Streitgenossen.[4]) Der Kläger kann sich aber auch den Eintritt des Benannten bezüglich der Nebenansprüche gefallen lassen; dann scheidet der Beklagte völlig aus, das Urteil ist hinsichtlich *aller* Ansprüche ausschließlich auf den Benannten zu stellen.[5])

Widersetzt sich der Kläger aus irgend einem anderen Grunde der Prozeßübernahme durch den Benannten, so entsteht ein Zwischenstreit über die Frage, ob der Beklagte berechtigt sei, aus dem Rechtsstreit auszuscheiden und die Beklagtenrolle dem Benannten zu überlassen.[6]) Parteien dieses Zwischenstreits sind der Kläger und der Beklagte, nicht aber der Benannte. Denn dieser ist vorläufig bis zur Übernahme des Rechtsstreits noch „Dritter"; mit der Erklärung, den Prozeß übernehmen zu wollen, ist er noch nicht Partei geworden. „Die Fälle eines Zwischenstreits mit Dritten sind aber in der Zivilprozeßordnung scharf abgegrenzt."[7]) Die Entscheidung in diesem Zwischenstreit erfolgt durch Urteil, bei Zulassung des Benannten durch Endurteil, bei seiner Zurückweisung durch nur zugleich mit dem Endurteil anfechtbares Zwischenurteil.[8]) Dem Benannten steht mangels seiner Parteiqualität kein Rechtsmittel zu.

Kommt eine Einigung der Parteien zustande oder wird

---

[1]) Mandry-Geib S. 376; Seuffert Bd. 1 S. 129; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 222; Krug S. 388.
[2]) Gaupp-Stein a. a. O.
[3]) Krug S. 389.
[4]) Weismann Bd. 1 S. 505.
[5]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 222; Krug S. 389.
[6]) Hellmann S. 317.
[7]) Frank in d. Zeitschr. f. d. ZPr. Bd. 13 S. 211.
[8]) Krug S. 390; Neukamp S. 58.

durch das den Widerspruch des Klägers zurückweisende Zwischenurteil der Benannte zugelassen und tritt der Benannte in den Prozeß ein, so findet ein Parteiwechsel, ein Wechsel in der Person des Beklagten statt. Der Beklagte scheidet nunmehr aus dem Rechtsstreit aus.

Dies ist die Ansicht der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller.[9]) Abweichende Ansichten sind folgende:

1. Nach Struckmann-Koch[10]) bleibt der Beklagte, auch wenn er auf seinen Antrag von der Klage entbunden ist, gewissermaßen noch Partei, während der Benannte als procurator in rem suam auftrete. Denn das Urteil, soweit es sich lediglich auf die Sache beziehe, sei ohne weiteres auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

2. Auch Schultze[11]) betrachtet den Beklagten selbst nach seiner Entbindung vom Rechtsstreit weiter als Prozeßsubjekt. In konsequenter Durchführung seiner Ansicht verlangt er auch, daß der Beklagte von vornherein im Urteil so bezeichnet werde, daß er sich als Urteilsschuldner darstelle und das Urteil ohne weiteres gegen ihn vollstreckt werden könne.

Diese Ansichten sind aus folgenden Gründen unhaltbar.

a) Eine Fortdauer der Parteiqualität des Beklagten läuft dem Zwecke der Urheberbenennung zuwider. Dieser Zweck ist, wie oben ausgeführt wurde: gänzliche Befreiung des Beklagten von der Prozeßführung, völliges Ausscheiden aus dem ihm fremden Rechtsstreit.

b) Auch die Fassung des § 76 ZPO. spricht gegen die Fortdauer der Parteirolle des Beklagten. Abs. 3 sagt: „Der Benannte ist berechtigt, an Stelle des Beklagten den Prozeß zu übernehmen". Nach allgemeinem Sprachgebrauch bedeuten diese Worte aber einen vollständigen Wechsel einer Parteirolle. Auch die Zivilprozeßordnung versteht unter Übernahme eines Rechtsstreits nur die „Übernahme als Hauptpartei", wie dies in den §§ 265 Abs. 2 Satz 2 und § 266 Abs. 1 ausdrücklich bestimmt ist.[12])

c) Die Vorschrift des Satz 2 des Abs. 4 § 76:

„die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar"

---

[9]) Weismann Bd. 1 S. 505; Gaupp-Stein Bd. 1 S. 223; Seuffert Bd. 1 S. 130; Petersen Bd. 1 S. 205; Hellmann S. 243; Kleinfeller S. 142; Hellwig, Rechtskraft S. 75 f.; Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 142; Krug S. 378 f.; Mandry-Geib S. 376; RG. Bd. 22 S. 395.

[10]) Struckmann-Koch S. 90.

[11]) Schultze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel S. 5 Anm. 3.

[12]) Krug S. 379.

würde vollständig zwecklos und überflüssig sein, wenn der Beklagte auch nach der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten noch weiter Partei bleiben würde. Gerade das Gegenteil muß aus der genannten Vorschrift folgen: wenn dort gesagt ist, daß die Entscheidung *auch* gegen den Beklagten wirksam ist, so kann das nur heißen, daß das Urteil selbst nur gegen den Benannten ergeht, daß der ausgeschiedene Beklagte also nicht mehr Partei ist.[13]) Mit dem Ausscheiden des Beklagten sukzediert der Benannte in dessen Parteirolle. Gerade hierdurch unterscheidet sich hauptsächlich der § 76 vom § 75 ZPO. Während nach § 76 der Benannte an Stelle des Beklagten den Prozeß *übernehmen* kann, kann nach § 75 der Litisdenunziat in den Rechtsstreit *eintreten*. „Während es sich also im ersten Falle um eine Nachfolge in die prozessuale Stellung des Beklagten handelt, gibt die letztere Vorschrift nur insoweit Auskunft über die (prozessuale) Stellung des eingetretenen Dritten, als sie bestimmt, daß der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen ist. Daraus kann also nicht geschlossen werden, daß im Falle des § 75 der Dritte in die Situation des Beklagten einrückt.“ [14])

Nach alledem ist anzuerkennen, daß mit der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten ein Parteiwechsel auf der Beklagtenseite stattfindet. In welchem Zeitpunkt vollzieht sich nun dieser Wechsel? Die bloße Erklärung des Benannten, daß er zur Übernahme bereit sei, kann nicht maßgebend sein; ebensowenig die Entbindung des Beklagten vom Rechtsstreit, weil es zu dieser gar nicht immer zu kommen braucht. Die bloße Erklärung des Benannten kann deshalb nicht entscheiden, weil selbst die mit Zustimmung des Beklagten in der mündlichen Verhandlung erfolgte Erklärung des Benannten durch eine auf den Widerspruch des Klägers hin ergehende Zurückweisung des Benannten jede Bedeutung verlieren kann.[15]) Man muß vielmehr annehmen, daß die Prozeßübernahme, je nachdem die Einwilligung des Klägers notwendig ist oder nicht, im „Momente der Willenseinigung“ zwischen Beklagtem, Benanntem und Kläger bezw. zwischen Beklagtem und Benanntem erfolgt.[16])

Mit der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten scheidet der Beklagte aus dem Rechtsstreit aus, nicht etwa erst mit der auf seinen Antrag gemäß § 76 Abs. 4 Satz 1 erfolgten

---

[13]) *Weismann* Bd. 1 S. 505.
[14]) *Heim*, Hauptintervention S. 93 f.
[15]) *Petersen* Bd. 1 S. 205.
[16]) *Frank* a. a. O. S. 210 f.; *Krug* S. 398.

Entbindung des Beklagten von der Klage. Diese Entbindung ist nur die äußerlich erkennbare Form des Ausscheidens; es braucht zu einer ausdrücklichen Entbindung gar nicht zu kommen, nur auf Antrag wird sie ausgesprochen. Die Form dieser Entlassung des Beklagten vom Rechtsstreit ist ein Urteil, und zwar ist es ein Endurteil, weil es für ihn den Prozeß beendet;[17]) es spricht aus, daß der Beklagte aus dem Rechtsstreit entlassen wird.[18]) Weil diese Entscheidung Endurteil ist, muß auch über die Kosten entschieden werden. Nach der herrschenden Meinung hat der Kläger die Prozeßkosten zu tragen.[19]) Diese Ansicht scheint dem Kläger gegenüber eine Härte zu sein; es scheint ungerecht zu sein, wenn er dafür, daß er den passiv legitimierten Beklagten in Anspruch genommen hat, noch Kosten tragen soll.[20]) Doch diese Erwägungen können nicht entscheiden. Nachdem wir oben dargelegt haben, daß die Urheberbenennung sich ihrer rechtlichen Natur nach als Prozeßeinrede darstellt, muß anerkannt werden, daß das auf Grund dieser Prozeßeinrede die Entlassung des Beklagten vom Rechtsstreit aussprechende Urteil den Kläger als den unterliegenden Teil erscheinen lassen muß. Wird der Beklagte entlassen, so hat die Prozeßeinrede Erfolg gehabt, der Beklagte hat gesiegt, der Kläger muß die bisher entstandenen Prozeßkosten tragen. Siegt jedoch der Kläger in dem weiteren Verfahren gegen den Benannten, so muß dieser die früher gezahlten Kosten dem Kläger erstatten.

Mit dem Ausscheiden des Beklagten aus dem Rechtsstreit geht der Prozeß zwischen dem Kläger und dem Benannten weiter, der Benannte tritt in alle Rechte und Pflichten des Beklagten ein. Sachlich ist diese „prozeßrechtliche Singularsukzession“[21]) auch unbedenklich; denn in allen in Betracht kommenden Fällen hätte der Klaganspruch ebensogut von vornherein gegen den Benannten wie gegen den Beklagten gerichtet werden können.[22]) Äußerlich tritt der Parteiwechsel darin zutage, daß im Rubrum nunmehr an Stelle des Beklagten der Benannte zu führen ist.[23])

Aus dieser Sukzession des Benannten in die Beklagtenrolle ergeben sich folgende Wirkungen:

1. Der Benannte kann alle dem Beklagten als solchem zustehenden, in der Verhandlung auszuübenden prozessualen Rechts-

[17]) Weismann Bd. 1 S. 504.
[18]) Krug S. 390.
[19]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 224; Petersen Bd. 1 S. 206; Seuffert Bd. 1 S. 130; Wilmowski-Levy Bd. 1 S. 145; Weismann Bd. 1 S. 513; Krug S. 411f.
[20]) Meyer a. a. O. S. 146.
[21]) Hellmann S. 243.
[22]) Gaupp-Stein Bd. 1 S. 223; Weismann Bd. 1 S. 504.
[23]) Meyer S. 146.

behelfe geltend machen. Hat z. B. der Beklagte noch keine prozeßhindernden Einreden erhoben, dann kann er dies nunmehr tun; hat der Beklagte dies aber bereits getan, dann ist es dem Benannten nicht mehr gestattet, da die prozeßhindernden Einreden gleichzeitig vorgebracht werden müssen. Der Benannte kann auch, falls er selbst wieder Besitzmittler ist, noch eine weitere Urhebernennung vornehmen.

2. Nach der Übernahme ist nur der Benannte noch Prozeßpartei auf der Beklagtenseite. Daraus folgt, daß er *nur* die Einwendungen aus *seiner* Person, nicht aus der des Beklagten dem Klagbegehren gegenüberstellen kann.[24])

3. Aus der Sukzession des Benannten in die Beklagtenrolle ergibt sich auch, daß die dem ursprünglichen Beklagten gegenüber eingetretene Rechtshängigkeit erhalten bleibt,[25]) daß dem Benannten gegenüber die Rechtshängigkeit als eingetreten gilt in dem Zeitpunkte, in dem der Rechtsstreit dem ursprünglichen Beklagten gegenüber rechtshängig geworden ist. Aus diesem Umstand folgt, daß alle materiellrechtlichen Konsequenzen, die sich an die Rechtshängigkeit knüpfen, auch dem Benannten gegenüber schon mit jenem früheren Zeitpunkt, nicht erst von der Prozeßübernahme ab, eintreten. Auch wenn er redlicher Besitzer war, tritt schon mit jenem Zeitpunkte seine Haftung für Schadensersatz gemäß § 989 BGB. ein. Trotz seiner Redlichkeit hat der Benannte schon die nach der dem ursprünglichen Beklagten gegenüber eingetretenen Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen dem klagenden Eigentümer nach § 987 BGB. herauszugeben oder, falls sie verbraucht sind, zu erstatten.[25a])

4. Das in der Sache selbst ergehende Urteil wird nicht nur formell auf seinen Namen gestellt, sondern „verurteilt ihn auch wie bezüglich der Prozeßkosten, so auch in der Hauptsache und stellt demgemäß auch die entsprechenden Verpflichtungen als für ihn vorhanden fest".[26]) Nach § 76 Abs. 4 Satz 2 ZPO. ist die gegen den Benannten *in Ansehung der Sache*[26a]) selbst ergangene Entscheidung auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten wirksam und vollstreckbar. Diese Bestimmung ist eine Ausnahme von der Vorschrift des § 325 ZPO.[27]) Der Grund für diese Rechtskrafterstreckung liegt in der stillschweigenden Unterwerfung des Beklagten unter das Urteil. In seiner Aufforderung an den

---

[24]) *Hellwig*, Rechtskraft S. 75 f.
[25]) *Kretzschmar* im Sächs. Arch. Bd. 12 S. 644 f.
[25a]) *Weismann* Bd. 1 S. 205.
[26]) *Hellwig*, Rechtskraft S. 75.
[26a]) Nicht auch in Ansehung der Prozeßkosten; *Weismann* S. 504.
[27]) *Marcus* S. 45.

Benannten, den Prozeß zu übernehmen, hat der Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß er sich mit der Prozeßführung des Benannten im voraus einverstanden erkläre. Der Benannte prozessiert demnach nicht nur über seine eigene Verpflichtung, sondern indirekt auch über die Verpflichtung des Beklagten.[28])

Obwohl es in § 76 nicht ausdrücklich bestimmt ist, so ist doch auch anzunehmen, daß das in Ansehung der Sache ergehende Urteil nicht nur gegen, sondern auch für den ursprünglichen Beklagten wirksam ist. Dies folgt zwar nicht aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft, aber jedenfalls, wie Weismann[29]) mit Recht betont, aus dem Verhältnis des Beklagten zu dem mittelbaren Besitzer. „Dies ergibt sich daraus, daß wenn der ursprüngliche Beklagte noch einmal vom Kläger mit demselben Anspruch belangt würde, er ja wieder den mittelbaren Besitzer benennen und dieser sich dann zweifellos auf das ihm günstige Urteil berufen könnte."

Aber nicht jedes Urteil wirkt gegen den ursprünglichen Beklagten. Hat der Kläger nach der Prozeßübernahme seinen Klagantrag erweitert oder eine Klagänderung vorgenommen, so wirkt das daraufhin ergehende Urteil nicht gegen den Beklagten.[30])

Hatte der Benannte den Prozeß auch bezüglich der in § 76 Abs. 3 Satz 2 ZPO. genannten Ansprüche übernommen, so wirkt das Urteil auch hinsichtlich dieser Ansprüche in gleicher Weise gegen den Benannten wie gegen den ursprünglichen Beklagten.[31])

---

[28]) Hellwig, Lehrb. Bd. 1 S. 336, Rechtskraft S. 76 f.
[29]) Weismann S. 505.
[30]) Hellwig, Rechtskraft S. 78.
[31]) Marcus S. 46.

Zweiter Abschnitt.

Der Ursprung der Urheberbenennung.

Vorbemerkung.

Bei der folgenden Erforschung des Ursprungs der Urheberbenennung muß folgendes maßgebend sein:

Wir haben als Wesen der Urheberbenennung festgestellt, daß sie eine Rechtswohltat für einen am Ausgang des Rechtsstreits in der Regel nicht interessierten Beklagten, im Falle des § 76 ZPO. einen Fremdbesitzer, darstellt. Nur dann ist die Urheberbenennung eine Rechtswohltat, wenn sie dem Beklagten gestattet, vollständig aus dem Rechtsstreit auszuscheiden, wenn diese Ablehnung des Prozesses völlig seinem Belieben überlassen ist. Es muß also bei dem Ausscheiden des Beklagten aus dem Rechtsstreit ein Parteiwechsel stattfinden: der Benannte muß in vollem Umfange in die Parteirolle des Beklagten sukzedieren.

Nur dort, wo wir in den Quellen ein Institut mit dieser rechtlichen Natur finden, ist die historische Wurzel der Urheberbenennung zu suchen. Prozessuale Besonderheiten des alten Rechts kommen dabei nicht in Betracht.

Erstes Kapitel.

Die historische Wurzel der Urheberbenennung.

§ 11.

a) Die herrschende Lehre: Römisches Recht.

Als Ursprung der Urheberbenennung gilt heute allgemein[1]) eine Konstitution Kaiser Konstantins aus dem Jahre 331, die

[1]) So alle Kommentare zu § 76 ZPO. und alle Lehrbücher über die Urheberbenennung; vgl. zum folgenden insbesondere Krug a. a. O. S. 299 ff.; Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 278 ff.; Wirsing, über das Wesen und die prozessuale Natur der nominatio auctoris; Thiele, Die laudatio auctoris im röm. R.; Gruchot in Gruch. Beitr. Bd. 17 S. 2 f. und die dort Angeführten; Mandry-Geib S. 374 f.

als l. 2 C. ubi in rem actionem exerceri debet 3, 19 Aufnahme in das corpus iuris civilis gefunden hat. Diese Stelle lautet:

> Si quis alterius nomine quolibet modo possidens immobilem rem litem ab aliquo per in rem actionem sustineat, debet statim in iudicio dominum nominare, at, [sive in eadem civitate degat sive in agro sive in alia provincia sit] certo dierum spatio ab iudice definiendo eoque ad notionem eius perducendo, vel ipse in loca in quibus praesidium situm est perveniens vel procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat. Si vero post huius modi indultum tempus minime hoc, quod dispositum est, facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata, iudex, domino possessionis nec post huiusmodi humanitatem sui praesentiam faciente, edictis legitimis proponendis eum citare curabit: et tunc in eadem voluntate permanente negotium summatim discutiens, in possessionem rerum actorem non differet: omni allegatione absenti de principali quaestione servata.

In dieser Stelle will die herrschende Meinung genau dasselbe Institut wiederfinden, welches heute im § 76 ZPO. geregelt ist. Dabei wird der Stelle folgende Auslegung gegeben:

Der mit der rei vindicatio belangte Fremdbesitzer eines Grundstücks sei berechtigt, bei Gericht vor der Litiskontestation seinen Auktor zu benennen. Von dieser Benennung benachrichtige sodann der Richter den Auktor mit der Aufforderung, binnen bestimmter Frist zur Übernahme des Prozesses am Orte der belegenen Sache zu erscheinen. Bei Nichtbeachtung dieses richterlichen Gebots habe der Richter den Auktor nochmals unter Hinweis auf die Folgen seiner Säumnis zu laden. Habe auch diese Ladung keinen Erfolg gehabt, so habe der Richter nach summarischer Prüfung des Falles und ohne weitere Verhandlung den Kläger in den Besitz zu setzen, dem Auktor aber die Wahrung seiner Rechte vorzubehalten.

Zu dieser Auslegung kommt die herrschende Lehre allein dadurch, daß sie annimmt, jeder Detentor sei zur Zeit Konstantins für die rei vindicatio passiv legitimiert gewesen. Gerade als Folge der Passivlegitimation des Detentors für die rei vindicatio, als Schutzmittel gegen die zugleich damit verbundenen Mißstände[2])

---

[2]) Krug S. 299 f., 304.

habe Konstantin die nominatio sive laudatio auctoris geschaffen. Die Sanktion aber der Passivlegitimation des Detentors für die R. V. erblickt die herrschende Lehre in der l. 9 D. de rei vindicatione VI, 1: hier habe Ulpian dem Pegasus gegenüber ausgesprochen, daß die R. V. nicht nur gegen den juristischen Besitzer, sondern auch gegen jeden Detentor zulässig sei.

Die l. 9 D. VI, 1 ist grundlegend für die Frage nach dem Ursprung der Urheberbenennung. Die herrschende Lehre sieht ja gerade die l. 2 C. 3, 19 und die angeblich in ihr enthaltene nominatio auctoris als notwendiges Ergebnis der in der l. 9 ausgesprochenen Passivlegitimation des Detentors für die R. V. an. Gelingt nun der Nachweis, daß die bisherige Interpretation der l. 9 unrichtig ist, daß in der l. 9 Ulpian keineswegs allgemein die Passivlegitimation jedes Detentors für die R. V. ausgesprochen hat, so wäre damit der herrschenden Lehre die Grundlage entzogen.

Wir wenden uns daher zunächst der Auslegung der l. 9 D. VI, 1[3]) zu. Diese Stelle lautet:

> Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat [ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem], quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi, denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisve nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.

Die herrschende Lehre findet in dieser Stelle einen krassen Widerspruch in den Ansichten des Pegasus und des Ulpian. Ulpian übermittle als Ansicht des Pegasus: nur der juristische Besitzer, d. h. derjenige, dessen Besitz den Schutz der interdicta retinendae possessionis genieße, könne mit der R. V. belangt werden, nicht aber der Depositar, Kommodatar, Mieter, da sie nicht Besitz hätten. Dieser älteren Meinung des Pegasus stelle Ulpian als Vertreter der entwickelten Rechtsanschauung seine Ansicht gegenüber:

---

[3]) Ulpianus 16 ad edictum.

„Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse".

Mit diesen Worten bringe Ulpian zum Ausdruck, daß er im Gegensatz zu Pegasus den Detentor in gleicher Weise wie den juristischen Besitzer passivlegitimiert für die R. V. halte.

Diese Neuerung sei aber ein zweischneidiges Schwert gewesen. Die Lage des Vindikanten sei gebessert worden, denn er habe nunmehr nicht Abweisung der Klage wegen mangelnder Passivlegitimation des Detentors zu fürchten gehabt. Auf der anderen Seite jedoch habe diese Neuerung große Nachteile für den beklagten Detentor und den dominus possessionis mit sich gebracht.[4] Denn der Beklagte hätte nur die Wahl gehabt, sich entweder auf den Rechtsstreit um die fremde Sache einzulassen oder dem Klageantrage zu genügen, wodurch ihm jedoch wieder eine Schadensersatzklage des dominus drohte. Für den dominus aber sei die Lage insofern unangenehm gewesen, als nunmehr über sein Eigentum prozessiert werden konnte, ohne daß er davon Kenntnis zu erlangen brauchte. „Zwar habe die Entscheidung gegen ihn keine Rechtskraft gemacht, seine Rechte blieben ihm unbenommen, aber der Besitz und damit die günstige Parteistellung in dem neuen Eigentumsprozesse sei für ihn verloren gewesen."

Diese Übelstände hätten dringende Abhilfe erfordert. Konstantin habe die nötige Hilfe gebracht durch die Neuschöpfung der nominatio sive laudatio auctoris. „Indem es die Konstitution Konstantins dem mit einer dinglichen Klage in Anspruch genommenen Naturalbesitzer möglich mache, den Kläger an den dominus possessionis zu verweisen und dann, sei es nach Übernahme des Prozesses durch den Auktor, sei es ohne solche, aus dem Rechtsstreit auszuscheiden, nehme sie ihm die drückende Last der Prozeßführung in fremdem Interesse von den Schultern, befreie ihn von der Verantwortlichkeit gegenüber dem Auktor und gebe ihm zugleich ein Mittel an die Hand, sich etwaiger Eviktionsansprüche versichert zu halten. Daneben ist dem Benannten Gelegenheit geboten, den Streit um sein Recht selbständig auszufechten, ohne hierbei an die infolge Mangels an Interesse und Kenntnis der einschlägigen Verhältnisse häufig unzulängliche Prozeßführung des faktischen Besitzers gebunden zu sein."[5]

Diese Auslegung entspricht dem heutigen § 76 ZPO., aber auch nicht im geringsten dem römischen Recht.

Die l. 9 D. VI, 1 enthält nicht den Unterschied der Meinungen

---

[4] Krug S. 302 f.
[5] Krug a. a. O.

des Pegasus und des Ulpian,[5a]) wie ihn die herrschende Lehre herausfinden will. Dies hat neuestens Siber mit treffenden Gründen nachgewiesen.[6]) Vor allen Dingen ist es aber Siber gelungen, den Nachweis zu führen, daß der Schlußsatz der l. 9 D. VI, 1: „puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse", unmöglich von Ulpian stammen könne. Siber führte zum Beweise dessen neben anderem folgendes an[7]):

Ulpian spricht in l. 9 vor dem Bericht über Pegasus vom officium iudicis. Dieser Begriff war ein technischer. Für Ulpian war der iudex der Geschworene, für die Kompilatoren aber der Magistrat. Wenn vom Magistrat gesagt wird, daß er nicht nach der causa possessionis, sondern nur danach zu fragen habe, ob der Beklagte zur Restitution der Sache imstande sei, so folgt daraus allerdings die Passivlegitimation jedes Restitutionsfähigen für die rei vindicatio. Im Sinne Ulpians aber, der unter iudex den Geschworenen versteht, kann die Stelle natürlich gar nichts darüber ergeben, wann der Prätor die R. V. zu erteilen hatte. Sie besagt nur, daß der Geschworene, nachdem die R. V. vom Prätor erteilt worden ist, nicht nach der causa possessionis zu fragen habe.

Am klarsten ergibt sich aber nach Siber[8]) der Beweis, daß der Schlußsatz der l. 9 interpoliert sein muß, aus folgendem:

Nach diesem Schlußsatz müßte die Vindikation gegen alle Personen zulässig sein, gegen die sie Pegasus nicht gestatten wollte, also auch gegen den missus legatorum servandorum causa, ventris, damni infecti, dotis nomine. Alle diese Personen aber waren auch, wie Siber eingehend nachweist, nach Ulpians eigenen Worten nicht possessores (vgl. l. 3, 23 de acquir. poss. 41, 2 Paul.; l. 10, 1 eod. 41, 2 Ulp.; l. 9 pr. de rebus auct. iud. 42, 5; Ulp. ad ed.).

Jedenfalls ist durch Siber[9]) bewiesen, daß Ulpian und das klassische römische Recht allgemein noch nicht die Passivlegitimation jedes Detentors für die rei vindicatio kennt.

Ist aber dies nachgewiesen, so muß die l. 2 C. 3, 19 eine andere Auslegung erhalten, als sie sie von der herrschenden Lehre

---

[5a]) vgl. Siber, Passivlegitimation S. 27: „Es ist nicht möglich, die Gegenansicht Ulpians als bloßen Vorläufer der Zulassung einer auctoris nominatio zu verstehen: der Detentor könne die Detention ablehnen (l. 80 D. VI, 1), wenn er seinen Auktor benenne, andernfalls sei er wie einer, der liti se offert, zu behandeln".

[6]) Siber, Passivlegitimation S. 28f.

[7]) Siber S. 31f.

[8]) Siber a. a. O. S. 31f.

[9]) Siber S. 35—37.

erfahren hat. Wenn der Detentor nicht allgemein für die rei vindicatio passiv legitimiert war, dann lag auch für Konstantin kein Grund vor, ihn noch besonders zu schützen. Konstantin wollte auch nicht dem Detentor, sondern allein dem Vindikanten Schutz mit seiner Konstitution gewähren. Solange der Detentor noch nicht allgemein für die rei vindicatio passiv legitimiert ist, hat eine Schutzvorschrift für den Detentor überhaupt keinen Sinn. Allein den Vindikanten will Konstantin dagegen schützen, mit einer Klage gegen den Detentor wegen dessen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen zu werden.

Zu diesem Zwecke legt Konstantin dem mit der Vindikationsklage belangten Detentor die Verpflichtung[10]) auf, den Kläger an den rechten Beklagten zu verweisen. Er verbietet geradezu dem Detentor, sich auf die R. V. einzulassen, weil er eben die Klage gegen den dominus possessionis gerichtet wissen will, weil er den Detentor nicht für berechtigt hält, sich auf den Streit um eine ihm fremde Sache einzulassen.[11]) Dies beweisen die Worte unserer Stelle: „... debet statim in iudicio dominum nominare".

Nachdem dargetan ist, daß Konstantin noch nicht die allgemeine Zulässigkeit der R. V. gegen jeden Detentor kannte, kann „debet" hier nur seine gewöhnliche Bedeutung[12]) haben: „er muß benennen". Die herrschende Lehre hat hier „debet" die Bedeutung von „er ist berechtigt" aufgezwungen, um aus der l. 2 C. 3, 19 die Urheberbenennung herauszuinterpretieren.

Noch aus folgenden Gründen kann die l. 2 noch keine Regelung der Urheberbenennung im heutigen Sinne enthalten:

1. Wie schon dargelegt, fehlt bei dem in der l. 2 geregelten Institut vollständig das wesentlichste Kennzeichen der Urheberbenennung: die Eigenschaft einer Rechtswohltat für den beklagten Fremdbesitzer. Dieser tritt in der Stelle überhaupt ganz in den Hintergrund, während doch in der heutigen Urheberbenennung der Schutz des Beklagten der Zweck ist und darum der Beklagte im Vordergrunde steht. In der Konstitution Konstantins wird nur die Verpflichtung des Detentors zur Nomination statuiert, und damit ist das Interesse an seiner Person erschöpft. Im übrigen findet sich in der Konstitution nur eine Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Kläger und dominus possessionis. Nur die Folgen der Säumnis des dominus für den Kläger, nicht aber die Folgen für den Beklagten werden bestimmt.

---

[10]) Brieglеb a. a. O. S. 383; Glück, Komm. VIII S. 197.
[11]) Wirsing a. a. O. S. 35 f.
[12]) Heumann-Seckel, Handlexikon S. 122.

2. Wesentlich ist für den Begriff der Urheberbenennung auch, daß nach der Übernahme des Rechtsstreits durch den Auktor der Beklagte vollständig aus dem Prozeß ausscheidet, daß an seine Stelle der Auktor als Beklagter tritt, daß der Detentor des Rechtsstreits vollständig ledig wird. Krug[13]) und mit ihm die herrschende Lehre will dies auch für die l. 2 annehmen. Krug schreibt: „Es tritt im römischen Recht ganz wie nach der Zivilprozeßordnung ein Wechsel der passiven Prozeßsubjekte, eine Sukzession des Benannten in die Beklagtenrolle ein. Hierfür spricht schon der Wortlaut der l. 2, es spricht dafür Sinn und Zweck des Instituts der Urheberbenennung, es spricht dafür namentlich die Schwierigkeit, ja die Unmöglichkeit, die gegenteiligen Ansichten in der Praxis zur Durchführung zu bringen".

Diese Argumentation Krugs ist so recht ein Beweis dafür, daß man, um die l. 2 als Quelle der Urheberbenennung betrachten zu können, sie mit modernen Rechtsgedanken erklären mußte, daß man in die Stelle hineinlegte, was sie unmöglich enthalten kann.

1. Für die gemeinrechtlichen Schriftsteller war es schwer, sich mit dem Gedanken abzufinden, daß bei der Urheberbenennung nach Übernahme des Rechtsstreites ein Parteiwechsel stattfinden sollte. Mit Recht sträubten sie sich gegen eine solche Auffassung, denn sie war unrömisch. Dem römischen Recht ist ein derartiger Vorgang, daß eine Partei völlig aus dem Rechtsstreit ausscheidet, daß an ihre Stelle eine andere Person einrückt, fremd.[13a]) Darum suchten die gemeinrechtlichen Schriftsteller nach Mitteln, die Schwierigkeit zu lösen, trotzalledem in der l. 2 eine Urheberbenennung zu finden. So lehrten einige Schriftsteller, der Nominat werde vom beklagten Detentor zum procurator in rem suam bestellt.[14]) Andere wieder nahmen an, daß zwar eine Veränderung der Parteien in der Person des Beklagten eintrete, daß der Nominat zwar von der Verpflichtung zur Prozeßführung befreit werde, daß aber das eigentliche Prozeßsubjekt auch nach der Übernahme des Rechtsstreits durch den Auktor der Detentor bleibe.[15])

Diese Ansichten sind von dem Standpunkte aus, daß der Detentor der rechte Beklagte für die rei vindicatio sei, ganz konsequent.

---

[13]) Krug S. 400.

[13a]) vgl. Wach, Handb. I S. 657: Roffredus, Ord. iud. p. IV 346 Nr. 9 litt. h.: „... Dicunt Lombardistae quod iure Longobardo transfunditur in persona laudati authoris iudicium, sed iure Romano tuo authori denuncias, ut tibi assistat et rationes competentes alleget".

[14]) Renaud, Lehrb. § 51 Anm. 9.

[15]) Wetzell, System S. 57; Bolgiano, Handb. Bd. 1 S. 251.

2. M. E. spricht auch der Wortlaut der l. 2 gegen die herrschende Lehre. Dort heißt es: Der alieno nomine possidens muß den dominus benennen, „ut actoris intentiones excipiat". Diese Worte können nicht in dem Sinne von „Prozeß übernehmen", sondern nur in dem einzig und allein hier möglichen Sinn von „auf eine erhobene Klage sich einlassen"[16]) verstanden werden.

Es ist bisher nur der Nachweis zu führen versucht worden, daß die l. 2 C. 3, 19 noch nicht die Urheberbenennung enthält. Wir müssen nunmehr der Frage näher treten: Was enthält dann die l. 2?

Wenn wir für erwiesen ansehen, daß zur Zeit Konstantins die Passivlegitimation des Detentors für die rei vindicatio noch nicht allgemein anerkannt war, so kann in der schon oben erwähnten schwierigen Lage des Vindikanten die Schöpfung des in der l. 2 geregelten Institutes einen wichtigen und sehr vernünftigen Grund haben. Wenn der Kläger einen Detentor belangte, so lief er Gefahr, sobald dieser seine mangelnde Passivlegitimation einwendete, abgewiesen zu werden. Leitete der Beklagte sein Detentionsrecht vom Kläger her, dann brauchte er nicht die rei vindicatio anzustellen, hier hatte der Kläger ja die Kontraktsklage zur Verfügung.[17]) Solche Fälle kommen demnach nicht in Frage. Schwierig war erst die Lage des Klägers in solchen Fällen, in denen der Beklagte sein Detentionsrecht von einem Dritten ableitete. Wenn hier der Beklagte seinen Fremdbesitz vorschützte, mußte der Kläger abgewiesen werden; denjenigen, von dem der Beklagte sein Detentionsrecht ableitete, konnte er nicht belangen, wenn er ihn nicht kannte, der Beklagte aber brauchte ihn nicht benennen. Hier war der Kläger darauf angewiesen, auf außergerichtlichem Wege den juristischen Besitzer zu ermitteln. Diesem Übelstande wollte m. E. Konstantin durch seine Konstitution abhelfen. Sie enthält m. E. nichts weiter als eine Schöpfung der gesetzlichen Antwortepflicht des beklagten Fremdbesitzers.[18]) Vielleicht sollte dadurch das in Vergessenheit geratene Institut der interrogationes in iure zu neuem Leben erweckt werden. Es ist bestritten, daß die interrogationes in iure jemals eine solche Bedeutung, wie sie hier in Frage kommt, gehabt haben.[19]) Zuzugeben ist, daß ursprünglich die interrogatio in iure nicht diese Bedeutung gehabt hat, daß in den Quellen bei dinglichen

---

[16]) Heumann-Seckel S. 185.
[17]) Siber S. 29.
[18]) Mittermaier im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 3 S. 402 f.; Glück a. a. O. S. 202.
[19]) Krug S. 300.

Klagen die interrogatio in iure nicht erwähnt wird.[20]) Aber das ist doch vor allem stets der Zweck der interrogationes in iure gewesen, den Kläger vor den Gefahren falschen Prozessierens zu schützen. Beispielsweise konnte der Kläger, um keine falsche Klage anzustellen, an den Beklagten in iure die Frage richten, ob er pro herede oder pro possessore besitze.[21])

Aber es ist gar nicht nötig, in der l. 2 eine Neubelebung der interrogationes in iure zu sehen, die l. 2 geht ja auch weiter als die interrogationes in iure: Der beklagte Detentor war ohne weiteres, ohne erst eine Frage des Vindikanten abwarten zu dürfen, verpflichtet, seinen dominus possessionis zu benennen.[21a]) [22])

Nur dies ist eine natürliche Auslegung der l. 2 C. 3, 19, ohne daß man nötig hat, moderne Rechtsgedanken hineinzuinterpretieren. Diese Auslegung entspricht der im Vordergrunde stehenden Absicht Konstantins, den Kläger zu schützen, während Zweck der Urheberbenennung in erster Linie der Schutz des Beklagten ist.

Demnach liegt der l. 2 C. 3, 19 folgender Fall zugrunde:

Der alieno nomine possidens ist mit der dinglichen Klage belangt. Er ist verpflichtet, dem Kläger sofort die Person, von der er sein Detentionsrecht ableitet, namhaft zu machen. Damit ist des Beklagten Tätigkeit erschöpft: er ist aus dem Prozeß, in den er mit Unrecht gezogen war, wieder entlassen. Ihn interessiert nur noch das Schicksal des von ihm besessenen Grundstücks. Nunmehr, nach Benennung des dominus possessionis durch den Detentor, wird der dominus vom Richter vorgeladen, damit er sich auf die erhobene Klage einlasse. Ist die bei dieser Ladung gesetzte Frist verstrichen, ohne daß der dominus dem richterlichen Gebot Folge geleistet hat, so ladet ihn der Richter nochmals unter Hinweis auf die Folgen seines Ausbleibens vor. Erscheint er auch jetzt nicht, so findet ein Kontumazialverfahren statt.[23]) Summarisch wird die Sache verhandelt und, falls das Vorbringen des Klägers seinen Antrag rechtfertigt, ihm der Besitz zugesprochen, während dem abwesenden dominus die Wahrung seiner Rechte in petitorio vorbehalten wird.

---

[20]) Lenel, Palingenesia iuris civilis Bd. 1 S. 1184 Nr. 1283.

[21]) l. 11 C. 3, 31; vgl. Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 553 Note 14.

[21a]) Glück a. a. O. S. 202.

[22]) In ähnlicher Weise hat Konstantin, wahrscheinlich auch im Jahre 331, verordnet, daß der mit der Vindikation belangte Besitzer eines Grundstücks dem Kläger seine Mitbesitzer angeben müsse. Auch diese Verordnung bezweckte den Schutz des Vindikanten gegen die Gefahren falschen Prozessierens; vgl. Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft S. 3 f.

[23]) A. S. Schultze, Privatrecht und Prozeß Bd. 1 S. 572; a. M. Briegleb S. 286; Krug S. 307.

§ 12.

b) Die Lehre A. S. Schultzes: Deutsches Recht.

Selbst wenn die hier vertretene Ansicht nicht richtig ist, wenn die l. 2 C. 3, 19 schon die Regelung des Instituts der Urheberbenennung enthalten sollte, wie die herrschende Lehre annimmt, so liegt doch die historische Wurzel der im § 76 ZPO. behandelten Urheberbenennung im deutschen Recht.

Krug[1]) schreibt als Beleg für die Richtigkeit der herrschenden Lehre und als Beweis für die Unrichtigkeit jeder anderen Meinung folgendes:

„Es ist unbestrittene Tatsache, daß Theorie und Praxis die nominatio auctoris bis auf die neueste Zeit auf die l. 2 C. 3, 19 fundiert und aus dieser erklärt haben, und es erscheint kaum glaublich, daß ein Rechtsinstitut, dessen Lebensfähigkeit und praktische Verwendbarkeit durch jahrundertelange Existenz sowohl wie durch Aufnahme in die modernen Prozeßgesetzgebungen außer jeden Zweifel gestellt ist, der falschen Auslegung einer Stelle der Justinianischen Kompilation, also einem reinen Zufalle, seine Entstehung verdanken sollte".

Wenn Theorie und Praxis die nominatio auctoris stets als ein Institut römischen Ursprungs angesehen und aus der l. 2 C. 3, 19 erklärt haben, so hat hier wieder einmal ein begreiflicher Irrtum vorgelegen, in den zu verfallen nicht schwer war, weil schon die Rezeption die Urheberbenennung nach Deutschland gebracht hat als ein angeblich in der l. 2 enthaltenes Institut. Rezipiert wurde aber die l. 2 mit der Auslegung durch deutsche Rechtsgedanken, so daß also gleichsam nicht ein römisches, sondern ein deutsches Institut rezipiert wurde, nur unter einer falschen Firma.

Mit Recht betont Krug, daß dieses lebensfähige Institut der Urheberbenennung nicht einer falschen Auslegung der l. 2 seine Entstehung verdanken kann; es war eben ein deutschrechtliches Institut, dem unsere Urheberbenennung die Entstehung verdankt, das als angeblich römisches Institut in die modernen Prozeßgesetzgebungen Aufnahme gefunden hat. Unsere heutige Urheberbenennung ist nichts weiter als eine Umbildung des alten deutschrechtlichen Instituts des „Ziehens auf den Gewähren".[2])

Diesen Gedanken hat zum ersten Male August Sigmund Schultze[3]) ausgesprochen, indem er die Behauptung aufstellte,

---

[1]) Krug a. a. O. S. 308 f.
[2]) Wach, Handb. Bd. 1 S. 657 Anm. 15.
[3]) Schultze, Privatrecht und Prozeß Bd. 1 S. 572.

„daß das gemeinrechtliche und heutige Institut der sogen. laudatio oder nominatio auctoris überhaupt seine historische Wurzel nicht im römischen Recht, sondern in dem deutschrechtlichen Institut des Ziehens auf den Gewähren habe, daß es lediglich die romanistische Doktrin gewesen sei, welche nach jener l. 2 griff, um diesem echt deutschen Institute eine, und zwar falsche römische Legitimation zu verschaffen".

Seine Absicht, diese Behauptung im 2. Teile seines Werkes auch zu begründen, hat Schultze nicht ausgeführt. Seine Lehre ist bisher stets nur als falsch bezeichnet worden, ohne daß aber jemals der Versuch gemacht worden wäre, die Irrigkeit derselben nachzuweisen.

Im folgenden soll der Lehre Schultzes weiter nachgegangen werden, es soll versucht werden, den Nachweis zu erbringen, daß seine Ansicht richtig ist.

Das deutsche Recht kennt den Zug auf den Gewähren in Fällen, wo eine Person belangt war und Gefahr lief, ihr Recht an der Sache zu verlieren, sei es, daß der Beklagte als Käufer seinen Veräußerer, der ihm gegenüber die Eviktionspflicht hatte, sei es, daß ein nur beschränkt dinglich oder persönlich Berechtigter den, von dem er sein Recht ableitete, zur Defension aufforderte.[4] Die Gewerschaftspflicht war die Pflicht zum defendere. Mit der Defensio übernahm der Gewähre den Prozeß, der Beklagte räumte ihm die Gewere an der Streitsache ein, er verzichtete auf sie zugunsten des Siegers. War der Gewähre zur Prozeßübernahme nicht bereit, so litt der Beklagte Bruch am Gewähren, er verlor die Sache an den Kläger, sehr natürlich, da er ja von Anfang an auf sie verzichtet hatte, unbeschadet seiner Schadensersatzansprüche gegen den Auktor.

Mit diesen Eigenschaften entspricht das Institut des Ziehens auf den Gewähren der heutigen Urheberbenennung. Das Hauptanwendungsgebiet dieses deutschrechtlichen Instituts sind die „Klagen um Gut".[5] Sie zerfallen in zwei Klassen, unterschieden dadurch, daß bei der einen unfreiwilliger, bei der anderen freiwilliger Besitzverlust das Klagfundament bildete.[6] Bei unfreiwilligem Besitzverlust ist die Klage in rem scripta, gegen jeden dritten Inhaber zulässig, auch wenn der Kläger kein dingliches Recht an der Sache hat. Bei freiwilliger Besitzaufgabe kann sich der Kläger nach dem Satze „Hand muß Hand wahren" nur an den halten, dem er die Sache übergeben hat.

---

[4] Wach, Handb. Bd. 1 S. 657.

[5] vgl. insbes. zum folgenden Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen S. 69 f.

[6] Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum S. 94; Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 553.

Hier interessiert nur der Fall unfreiwilligen Besitzverlustes, zumal diese Klage nichts anderes ist als die heutige Klage aus § 1007 Abs. 2 BGB.,[7]) also eine der wichtigsten Klagen, die gegen den Besitzer als solchen zulässig sind und bei denen nach § 76 ZPO. der Beklagte das Recht zur Urheberbenennung hat. Kläger ist hier ganz wie nach § 1007 Abs. 2 BGB. nicht nur der Eigentümer, sondern jeder Besitzer, der die Sache wider seinen Willen aus seinem Gewahrsam verloren hat; Beklagter ist jeder Dritte, in dessen Besitz sie sich findet, also nicht bloß der Dieb oder Räuber, sondern auch der redliche Besitzer, der sie von einer dieser Personen erworben, z. B. zum Pfand genommen hat.[8])

In einem besonderen Prozeßverfahren macht der Kläger hier sein Recht geltend, in der Form des Anefangsverfahrens. Hatte er den Besitzverlust rechtzeitig gemerkt, so konnte er der Spur des Entwenders nachgehen. Fand er die Sache nach ununterbrochener Spurfolge binnen bestimmter Frist, die z. B. bei den Franken drei Nächte betrug, im Besitz eines anderen, so konnte er sich der Sache ohne weitere Förmlichkeiten bemächtigen.[9]) Fand er sie aber ohne Spurfolge oder erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist, dann griff das eigentliche Anefangsverfahren Platz: Der Bestohlene schlägt die Hand an die Sache, mittit manum super rem.[10]) Damit soll der Besitzer der Sache keineswegs des Diebstahls beschuldigt werden, denn die Anefangsklage ist eine bürgerliche Klage, bei der es sich in erster Linie um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt. Durch den Anefang soll aber der Besitzer veranlaßt werden zu sagen, von wem er die Sache habe: er soll die Sache an die dritte Hand schieben, zum Zuge auf den Gewähren bestimmt werden.

Der Anefang war der Klage Beginn.[11]) Der Besitzer war nun Beklagter und als solcher verpflichtet, auf die Klage rechtmäßig zu antworten. Antwort im technischen Sinne war aber nur eine solche Erklärung, die formell und inhaltlich den Wortlaut der Klage zugab oder bestritt. Blieb eine solche Antwort aus, so war der Kläger berechtigt, die Sache an sich zu nehmen, als hätte er sie im Wege der Spurfolge gefunden.[12])

Von jeher hatte aber der Beklagte die Möglichkeit, Einwendungen gegen seine Verpflichtung zur Antwort vorzubringen; dies mußte jedoch stets geschehen, ehe er antwortete.[13]) Dadurch er-

---

[7]) Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes S. 70 f.
[8]) Gerber, System des deutschen Privatrechts S. 178.
[9]) Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 497; lex Salica Tit. 47.
[10]) Lex Ribuaria Tit. 33 § 1.
[11]) Brunner Bd. 2 S. 498 f.
[12]) Lex Salica Tit. 37.
[13]) Planck, Deutsches Gerichtsverfahren Bd. 1 S. 412 f.

langte er den Vorteil, daß der Streit in der Sache selbst noch ausgesetzt blieb. Die wichtigste Verteidigung des Beklagten gegen seine Verpflichtung zur Antwort war das Ziehen auf den Gewähren. Diese Verteidigung ist im Grunde nichts anderes als die Erklärung des Beklagten, daß er sich selbst nicht auf den Rechtsstreit einlassen werde, und damit eine Ablehnung des Prozesses.[14]) Wenn der Beklagte seinen Gewähren benennt, d. h. denjenigen, gegen den der Kläger von Rechts wegen seine Klage richten sollte, will er sich von der Anwortpflicht frei machen. Ursprünglich ist also die Berufung auf den Gewähren keine Antwort auf die Klage, sondern die Verweigerung der Antwort seitens des Beklagten. Sie erfüllte, wie Brunner[15]) nachgewiesen hat, die Zwecke einer materiellen Einrede.

Dieses Verteidigungsmittels konnte sich jeder Fremdbesitzer, jeder, der die Sache geliehen oder deponiert erhalten zu haben behauptete, bedienen. Denn diese Personen haben kein wesentliches Interesse an dem Behalten der Sache, sie wollen nicht selbst antworten, dies vielmehr dem Gewähren überlassen. Ob dieser dann auch den Streit aufnimmt, ist ihnen gleichgültig.[16])

Wenn sie des Prozesses ledig werden wollen, haben sie dafür zu sorgen, daß dem Gewähren Gelegenheit gegeben wird, die Verteidigung der Sache zu übernehmen. Dies kann auf zweierlei Art geschehen. Entweder händigt der Beklagte in Gegenwart des Klägers dem Gewähren die Sache aus oder er ladet im Namen des Gerichts mit zwei Zeugen den Gewähren zur Antwort vor.[17]) Bleibt der Versuch, den Gewähren zur Übernahme des Prozesses zu veranlassen, erfolglos, so erhält der Kläger ohne weiteres den Besitz der Streitsache. Diese Folge ist, wie schon erwähnt, selbstverständlich, weil ja der Beklagte von vornherein auf die Sache zugunsten desjenigen verzichtet hat, der das bessere Recht dartun würde. Erscheint dagegen der Gewähre, so wird ihm die Sache zugeschoben.[18]) Aber auch er kann wieder behaupten, für einen Dritten zu besitzen, auch er kann sich auf seinen Gewähren berufen. Dann wird das eben geschilderte Verfahren wiederholt. Im Interesse des Klägers ist jedoch in den verschiedenen Rechten der Gewährschaftszug beschränkt, meist so, daß er nicht über den dritten Mann hinausgehen darf.

Ist schließlich der rechte Gewähre gefunden, der sich zur Übernahme des Prozesses bereit erklärt, so wird ihm die Sache über-

[14]) Hübner, Immobiliarprozeß der fränkischen Zeit S. 89.
[15]) Brunner Bd. 2 S. 412 f.
[16]) Planck Bd. 1 S. 586.
[17]) Laband S. 58; Planck Bd. 1 S. 831.
[18]) Brunner Bd. 2 S. 502 f.

geben, und damit tritt er in die Beklagtenrolle ein. Der bisherige Beklagte scheidet jetzt völlig aus dem Rechtsstreit aus, Beklagter ist nunmehr nur der Gewähre, der im eigenen Namen den Prozeß durchführt.[19])

Wenn wir nun diesen speziellen Fall des Ziehens auf den Gewähren mit der Urheberbenennung des § 76 ZPO. vergleichen und aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch den Fall des § 1007 Abs. 1 zum Vergleich heranziehen, so finden wir eine völlige Übereinstimmung.

1. Voraussetzung der Urheberbenennung ist, daß der Beklagte als Besitzer einer Sache verklagt ist, und daß er behauptet, im Namen eines Dritten zu besitzen. Die Anefangsklage ist gleichfalls gegen den Besitzer der Sache als solchen gerichtet; der beklagte Besitzer behauptet, er habe für die Sache einen Gewähren, für den er besitze.

2. Die Form der Urheberbenennung ist nach § 76 ZPO. Streitverkündung an den mittelbaren Besitzer und Ladung desselben unter Benennung an den Kläger. Der Zeitpunkt der Urheberbenennung ist vor der Verhandlung zur Hauptsache.

Der Beklagte, der sich auf seinen Gewähren beruft, muß diesen Rechtsbehelf vorbringen, bevor er antwortet, d. h. bevor er sich auf die Klage, auf die Verhandlung zur Sache eingelassen hat. Er fordert seinen Auktor zur Gewährschaftsleistung auf, ladet ihn vor und benennt ihn dem Kläger.

3. Die Wirkungen der Urheberbenennung des § 76 sind:

a) Das Recht des Beklagten, die Verhandlung zur Hauptsache bis zur Erklärung des Benannten zu verweigern. Auch der Beklagte, der sich auf seinen Gewähren zieht, erlangt dadurch das Recht, vorläufig bis zum Erscheinen des Gewähren die Antwort zu verweigern.

b) Leistet der Auktor der Aufforderung des Beklagten keine Folge, so kann nach § 76 ZPO. wie nach deutschem Recht dieselbe nachteilige Folge für ihn eintreten: der Verlust der Sache.

c) Mit der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten scheidet nach § 76 ZPO. der Beklagte vollständig aus dem Rechtsstreit aus, der Benannte ist an seiner Stelle Prozeßpartei geworden.

Auch nach deutschem Rechte scheidet der Beklagte, sobald der Gewähre die Gewährschaftspflicht anerkannt hat, vollständig aus dem Rechtsstreit aus; dem Kläger wird ein anderer Beklagter gegenübergestellt, der Prozeß schwebt nunmehr zwischen dem Gewähren und dem Kläger.[20])

---

[19]) Bethmann-Hollweg, Zivilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 4 S. 47.
[20]) Laband S. 124.

4. Die Urheberbenennung des § 76 ZPO. ist ihrer rechtlichen Natur nach eine Rechtswohltat für den Beklagten, eine Prozeßeinrede, darauf gerichtet, die Befreiung des Beklagten von einem ihm eigentlich fremden Prozeß herbeizuführen. Auch das Ziehen auf den Gewähren erscheint seinem Wesen nach als eine Rechtswohltat für den Bekagten. Sie verfolgt nicht Abweisung der Klage, sondern lediglich den Zweck, den Beklagten von der Prozeßführung zu befreien.[21]) Und dieses Recht zum Zug auf den Gewähren, völlig dem Belieben des Beklagten überlassen, charakterisiert sich als Prozeßeinrede: der Beklagte macht das Recht geltend, den Prozeß abzulehnen.

§ 13.

c) Die Entstehung der herrschenden Lehre.

Nach den Ausführungen des vorigen Paragraphen muß anerkannt werden, daß das deutsche Recht die historische Wurzel der Urheberbenennung enthält. Unsere Aufgabe ist es nunmehr, die Frage zu lösen, wie es kam, daß stets das römische Recht als Quelle unseres Rechtsinstituts angesehen wurde.

1. Konstantins Verordnung aus dem Jahre 331 ist fast unverändert von Papst Innocenz III. in einer Dekretale wieder aufgenommen und als solche mit geringen Abweichungen von l. 2 C. 3, 19 in das corpus iuris canonici als c. 5 § 7, X ut lite non cont. 2, 6 übernommen worden:

> „Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno, debet statim in indicio dominum nominare, certo dierum spatio a iudice statuendo, eoque ad eius notitiam perducendo, ut vel ipse veniens, vel idoneum dirigens responsalem actoris intentionem excipiat. Si vero post tempus indultum, quod dispositum est, noluerit adimplere, tamquam lite, quae ingeritur, ex eo die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam praescriptionem longi temporis contestata, dominum possessionis iudex tribus edictis legitimis evocabit: et tuus ipso in eadem voluntate manente, negotium summatim examinans, in possessionem ipsarum rerum actorem mittere non tardabit, omni allegatione absenti super principali quaestione reservata".

---

[21]) Laband a. a. O.

Auch diese Stelle beweist nicht, daß die l. 2 C. 3, 19 schon die Urheberbenennung enthalten hat. Wegen der in ihr enthaltenen Interpretation der l. 2 wird sie besonders dafür ins Feld geführt, daß Konstantin unter dem alieno nomine possidens den Detentor verstanden und ihn als passiv legitimiert für die rei vindicatio angesehen habe.[1]) Es ist richtig, daß Innocenz III. den Detentor als passiv legitimiert für die rei vindicatio angesehen hat, aber daraus folgt doch nicht, daß schon Konstantin dasselbe angenommen hat.

2. Unter den Glossatoren sind die Ansichten über die Passivlegitimation des Detentors für die rei vindicatio geteilt. So äußerte die Akkursische Glosse erhebliche Zweifel. Hier unter den Glossatoren haben wir den Ausgangspunkt der Lehre zu suchen, daß die Urheberbenennung römischen Ursprungs sei. Die Glossatoren lebten in einem Gebiete fortgebildeten Langobardenrechts und lehrten an einer Universität, an der auch über langobardisches Recht Vorlesungen gehalten wurden.[2]) Nichts war natürlicher, als daß sie das römische Recht mit deutschen Rechtsgedanken erklärten, deutsche Institute in das römische Recht hineinlegten.

Der lombardische Prozeß kannte ebenso wie der sächsische und fränkische das Institut des Ziehens auf den Gewähren. Ähnlich wie bei der Anefangsklage ist Klagfundament der sogen. lombardisch-rechtlichen Vindikation nicht Eigentum des Klägers, sondern die Tatsache, daß der Beklagte sich unbefugterweise ein dingliches Recht an der Sache anmaße. Wie im deutschen Recht der Beklagte verpflichtet war, auf die Klage mit ja oder nein zu antworten, falls er sich nicht der Antwort wehren wollte,[3]) so war auch im lombardischen Recht der Beklagte grundsätzlich zur formellen Antwort auf die Klage verpflichtet. Nur diejenige Erklärung des Beklagten war Antwort im technischen Sinne, die die im Klaganspruch enthaltenen Behauptungen genau beantwortete.[4]) Die Form dieser Antwort war die Kontravindikation. Aber auch hier war der Beklagte berechtigt, auf die ansprake des Klägers zu erwidern: ich antworte dir nicht (non tibi respondeo, non debes mecum placitare). weil du nicht der rechte Kläger bist, weil ich nicht der rechte Beklagte bin.[5]) Er behauptete, daß er nicht darum der rechte Beklagte sei, weil er mit dem Urheber der widerrechtlichen Besitzerwerbshandlung nicht identisch sei;[6]) er berief sich auf seinen

[1]) Wetzell, System S. 56 Anm. 40.
[2]) Brunner Bd. 1 S. 391.
[3]) Laband S. 17.
[4]) Kannengießer, Die prozeßhindernde Einrede S. 36f.
[5]) Kannengießer S. 43f.
[6]) Kannengießer S. 27.

Auktor. Die Form der Überleitung des Prozesses auf den Auktor ist dieselbe wie die oben geschilderte Übernahme des Prozesses durch den Gewähren.[7])

Wie die Antwortwehre des deutschen Rechts als prozeßhindernde Einrede aufgefaßt wurde,[8]) so behandelte auch die Lombarda derartige Einwände, die auf Ablehnung der Defensionspflicht gerichtet sind, als exceptiones fori declinatoriae. Als solche faßten sie auch die Glossatoren auf. Sie verwandten das deutsche Institut zur Erklärung eines römischen, sie lehren schließlich, daß die in der l. 2 C. 3, 19 angeblich enthaltene nominatio auctoris eine prozeßhindernde Einrede sei.[9]) So sagt Bartolus in seiner Glosse zur l. 2:

> „Et sic ex hac lege inducitur possidenti alieno nomine quaedam exceptio forideclinatoria, ut non cogatur subire iudicium, si eius dominus veniat, ipse litigabit, et contra eum dabitur libellus".

Diese Sätze zeigen unverkennbar den Einfluß langobardischer und damit deutscher Rechtsideen: Die nominatio auctoris wird als prozeßhindernde Einrede bezeichnet, ihr Zweck ist deutschem Recht entsprechend, aber nicht im Sinne der l. 2, die Befreiung des beklagten Fremdbesitzers vom Rechtsstreit. Nach Bartolus wird der dominus, wie beim Zuge auf den Gewähren dieser, nunmehr Beklagter, gegen den die Klage nochmals wiederholt werden muß.

Diese Auslegung der römischen Stelle gelangte im 14. Jahrhundert zur Herrschaft. So sehen wir, wie Kannengießer mit Recht betont, daß die nominatio auctoris der l. 2 C. 3, 19 auf einer Grundanschauung basiert, die dem corpus iuris völlig fremd ist, die sich „als das verspätete Produkt aus der Verarbeitung römischer Rechtsregeln im Geiste bestehender lombardischer Institutionen ergibt".[10])

Die Rezeption brachte auch das in der l. 2 C. 3, 19 enthaltene Institut nach Deutschland, mit der Auslegung, die es von den Glossatoren unter dem Einflusse des lombardischen Rechts erhalten hatte. Man vergaß, daß man in dem „Ziehen auf den Gewähren" dasselbe Institut, das angeblich in der l. 2 enthalten sein sollte, schon längst hatte, man hielt die Urheberbenennung für ein römisch-rechtliches Institut. Dazu kam, daß nunmehr in der Gerichtssprache lateinische Rechtsausdrücke an Stelle der deutschen

---

[7]) Kannengießer S. 29.
[8]) Laband S. 17.
[9]) Kannengießer S. 81 f.
[10]) Kannengießer S. 84.

gebraucht wurden. Der Ausdruck „Ziehen auf den Gewähren" verschwand, an seine Stelle trat „nominatio auctoris"; ja man sagte geradezu in Glossen: was bisher „Wahrmannschaft" hieß, heißt nunmehr „nominatio auctoris". Einen Beleg für diesen Vorgang bietet uns das Bremer Stadtrecht. Dort sagt der codex glossatus zu ordel 19 an der Stelle, wo von der Übernahme des Prozesses durch den Gewähren die Rede ist[11]):

> „Und dies hat insonderheit statt (nämlich die Prozeßaufnahme durch den zitierten warend), wenn der Beklagte vorwendet, Gut oder Ding, warum er verklagt wird, sei nicht sein, sondern eines Andern, so es ihm nur gelehnt oder in Verwahrung gegeben habe, welches in Rechten nominatio auctoris genannt und für eine rechte declinatoriam exceptionem gehalten wird, denn in solchem Fall wird der Beklagte alsbald der Klage entlastet und davon absolviret und wird wider denjenigen, dem das Gut oder Ding zusteht, der Prozeß transferiret und gerichtet werden."

Diese Stelle ist ein wertvoller Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht, daß die historische Wurzel der Urheberbenennung nicht im römischen, sondern im deutschen Recht zu suchen ist.

Zu alledem kommt aber noch, wie A. Sigmund Schultze[12]) mit Recht hervorhebt, folgendes: „Das Bestreben, die römischen Rechtsideen als die allein wahren hinzustellen, hat die wirklich historische Auffassung auch nach rückwärts getrübt. Es hat dahin geführt, nicht nur das heutige Recht zu romanisieren, sondern auch das römische Recht zu modernisieren".

Zweites Kapitel.

Die weitere Entwicklung in Deutschland.

§ 14.

a) Das gemeine Recht.

Die gemeinrechtliche Literatur war sich der oben geschilderten Entwicklung in keiner Weise bewußt. Sie hielt als Ausgangspunkt die Konstitution Konstantins aus dem Jahre 331 und be-

[11]) Kühtmann, Die Romanisierung des Zivilprozesses in der Stadt Bremen S. 59, 68.

[12]) A. S. Schultze a. a. O. Einleitung S. 11.

mühte sich demgemäß, die Urheberbenennung mit den Prinzipien des römischen Rechts in Einklang zu bringen, ein Bestreben, welches dazu führen mußte, die Urheberbenennung fast ganz ihrer eigentlichen rechtlichen Natur zu entkleiden.

Man ging stets davon aus, daß Konstantin die nominatio auctoris geschaffen habe als Folge der Passivlegitimation des Detentors, die man ja in l. 9 D. 6, 1 von Ulpian ausgesprochen glaubte. Aber es zeigen sich trotzdem Spuren, daß man doch noch teilweise unbewußt im Banne des einheimischen deutschen Rechtes stand. Während die Verordnung Konstantins die Benennung auf die Vindikation von Grundstücken beschränkte, hat Literatur und Praxis des gemeinen Rechts, wie dies im deutschen Recht stets der Fall war, die Urheberbenennung auf die Vindikation beweglicher Sachen ausgedehnt.[1]) Man dehnte sie ferner aus auf alle Klagen, welche gleich der vindicatio nicht bloß gegen den juristischen Besitzer, sondern auch gegen den Detentor gehen.[2]) Ja einige Schriftsteller[3]) wollten sie auch zur Abwehr von Kontraktsklagen für statthaft halten, wie z. B. dann, wenn der Beklagte im Auftrage eines anderen und mit ausdrücklicher Beziehung auf den Auftrag kontrahiert hatte.

Mannigfach sind die Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller über die rechtliche Natur der Urheberbenennung. Die Stellungnahme war hier insbesondere abhängig von der Ansicht, die man von dem Worte „debet" der Konstantinischen Verordnung hatte. Diejenigen, die das Wort mit seiner Grundbedeutung erklärten, mußten die Urheberbenennung als einen widerrechtlichen Zwang für den Beklagten bezeichnen.[4]) Diejenigen Schriftsteller aber, die die Benennung als in das Belieben des Beklagten gestellt ansahen, bezeichneten unser Institut als eine Rechtswohltat, ein Schutzmittel für den Beklagten.[5])

Mittermaier[6]) legt der nominatio auctoris eine zweifache Natur bei. Einmal habe sie ein negatives Moment, insofern der Beklagte erkläre, er sei nicht der rechte Beklagte. Diese Erklärung sei nur eine sogen. exceptio deficientis legitimationis ad causam, d. h. ebensowenig wie diese eine wahre exceptio. Der zweite Teil

---

[1]) Franklin in Gruchots Beitr. Bd. 5 S. 19; Glück Bd. 8 S. 199.

[2]) Wetzell S. 57.

[3]) Gönner, Handb. d. gemeinen deutschen Prozesses Bd. 1 S. 341 f.; a. M. Wetzell S. 57.

[4]) Mittermaier im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 3 S. 400 f.; Gesterding, Lehre vom Eigentum S. 317.

[5]) Wetzell a. a. O.

[6]) Mittermaier a. a. O.; ähnlich Gesterding a. a. O. S. 302; Gönner a. a. O.

der nominatio bestehe in der Benennung des Auktors, und hierin liege ein positiver, an sich widerrechtlicher Zwang.

Andere Schriftsteller halten jedoch die nominatio auctoris für eine wahre Einrede.[7]) Wirsing[8]) rechnet sie unter die dilatorischen Enreden.

Einen eigenartigen Standpunkt vertritt Gensler[9]) Er nennt die nominatio auctoris ein qualifiziertes Geständnis, „eine Mischung von Geständnis, Verneinung und Einrede". Zuerst solle der Beklagte antworten: „Ich besitze". Darin liege das Geständnis. Zweitens antworte er: „Ich besitze nicht", d. h. nicht als juristischer Besitzer. Darin liege die Verneinung. Und schließlich solle er noch sagen: „Ich habe die Qualität eines Pachters des N". Dies sei dann eine außer dem Gebiete der vom Kläger behaupteten tatsächlichen Verhältnisse liegende Behauptung, mithin eine Einrede.

§ 15.

b) Die Urheberbenennung in den partikularen Prozeßgesetzen und -entwürfen.

In den neueren Prozeßgesetzen und Gesetzentwürfen suchen wir vergebens nach einer Spur der deutschrechtlichen Urheberbenennung. Denn sie stehen fast sämtlich unter dem Einfluß der einen oder der anderen Meinung, die sich im gemeinen Recht über das Wesen der Urheberbenennung gebildet hatten. Mit Recht weist Krug[1]) darauf hin, daß in den neueren Prozeßgesetzen die nominatio auctoris eine Gestalt erhielt, „die mit dem römischen Vorbild nur noch den Namen gemeinsam hat". Dieses Ergebnis ist ganz natürlich, wenn wir die Entwicklung verfolgen, die die Urheberbenennung durchgemacht hat.

Im Grunde interessieren daher auch die neueren Prozeßgesetze nicht für unsere Aufgabe, den Ursprung der Urheberbenennung zu finden, weil sie eben die Urheberbenennung in einer Gestalt enthalten, die den Ursprung gar nicht mehr erkennen läßt. Darum sollen sie hier nur kurz behandelt werden.

1. Vollständig auf dem Boden des gemeinen Rechts steht die „Fürstlich Hessische Prozeßordnung" von 1724. Dort wird im Titel 4 § 14 von einer „exceptio nominationis vel lau-

---

[7]) Glück Bd. 8 S. 199.
[8]) Wirsing a. a. O. S. 44.
[9]) Gensler im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 3 S. 421 f.
[1]) Krug a. a. O. S. 325.

dationis auctoris“ gesprochen. Dem Beklagten ist auferlegt, daß „das vorgeschützte interesse alienum wenigstens summarisch beschienen werde“. Die exceptio hat eine verschiedene Wirkung, je nachdem sie vor oder nach der Kriegsbefestigung erhoben wird. Erhebt sie der Beklagte vor diesem Zeitpunkt, so hat sie den „effectus transferendi iudicicii“, d. h. der Auktor wird nach Ausscheiden des Beklagten Prozeßpartei, bei späterem Vorbringen hat sie aber nur den „effectus assistentiae in iudicio“, hier bleibt also der Beklagte im Prozeß.

2. Anklänge an das deutsche Recht zeigen sich in der Bestimmung des „Codex Juris Bavarici Judiciarii“ von 1753 Kap. 8 § 3. Die Benennung steht dem Beklagten zu, der „die Sache, warum er actione reali belangt wird, nicht für sich selbst, sondern eines andern wegen inne hat“. Diese Anzeige soll aber erfolgen gleich mit der ersten Antwort auf die Klage. Der Beklagte soll völlig des Rechtsstreits ledig werden, der Kläger soll an den Benannten verwiesen werden, der Prozeßpartei wird.[2])

3. Die „allgem. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten“ von 1793 verpflichtet den Beklagten zur Nomination (Teil 1 Titel 17 §§ 34—41).[3]) Die nominatio auctoris hat hier die Natur einer verneinenden Klagebeantwortung in der Form einer exceptio deficientis legitimationis ad causam. Sie ist zulässig bei Klagen auf Herausgabe einer im Gewahrsam des Beklagten befindlichen beweglichen oder unbeweglichen Sache oder Gerechtigkeit und muß vor der vollständigen Einlassung auf die Klage geschehen (§ 34). Die Nomination muß den Benannten genau bezeichnen und Beweismittel für die Behauptung angeben. Sie wird darauf dem Kläger zugefertigt mit der Aufforderung zur Erklärung, ob er den Prozeß gegen den Beklagten fortsetzen wolle oder nicht, dem Benannten unter einer Fristbestimmung zur Erklärung, ob er sich für den rechten Beklagten halte und sich auf die Klage einlassen wolle (§§ 34, 36, 38). Ist der Kläger mit der Verweisung an den Benannten nicht einverstanden, so geht der Prozeß weiter; über die Nomination, die wie eine prozeßhindernde Einrede behandelt wird, wird vorab entschieden (§§ 34, 37, 41). Ebenso geht der Prozeß bei Nichterklärung oder bei Weigerung des Benannten, den Prozeß zu übernehmen, weiter. Kommt aber eine Einigung zwischen Kläger und Auktor zustande, so scheidet der Beklagte völlig aus, der Benannte tritt an seine Stelle und der Prozeß nimmt ohne neue Klage seinen ordentlichen Verlauf.

---

[2]) v. Kreittmayer, Anm. über den Cod. iur. Bar. Judic. Kap. 8 § 3a.

[3]) Koch, Der preuß. Zivilprozeß S. 190f.; Franklin in Gruchots Beitr. Bd. 5 S. 19f.; Koch, Anleitung zur preuß. Prozeßpraxis S. 66.

4. Das „allgem. Landrecht für die preußischen Staaten" von 1794 hat den Grundsatz von der generellen Verpflichtung des Beklagten zur Nomination aufgegeben.[4]) Nur gegenüber der Vindikation ist sie zulässig, zu ihr verpflichtet ist der „bloße Inhaber" der Sache (ALR. Teil 1 Titel 15 § 1, 11 Titel 7 § 165). Unterläßt er die Urheberbenennung, so macht er sich sowohl gegen den Kläger als gegen den, von welchem er die Sache in Gewahrsam erhalten hat, verantwortlich (I, 7 § 166).

5. Das allgem. Bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich" von 1811 bestimmt in § 375:

> „Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt, kann sich gegen die Eigentumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann namhaft macht und sich darüber ausweist".

Hier also besteht keine Verbindlichkeit des Beklagten zur Nomination, eine solche hat er höchstens seinem Auktor gegenüber. Dem Kläger gegenüber erscheint die Urheberbenennung hier als eine Rechtswohltat, von der der Beklagte nach seinem Belieben Gebrauch machen kann.

5. Diesen Charakter der Rechtswohltat zeigt die Urheberbenennung in allen Prozeßgesetzen und Entwürfen seit der „Hannoverschen Zivilprozeßordnung" von 1850. Hier hat jedoch die Nomination eine eigenartige Gestalt angenommen. Wenn der Kläger die Richtigkeit der Behauptung des Beklagten anerkannte, so wurde der Beklagte von der Klage entbunden, der Kläger mußte dann seinen Anspruch in einem neuen Rechtsstreit gegen den Benannten geltend machen. Zu einer Zitation des Benannten kam es nur bei Bestreiten des Klägers. Erkannte der Benannte die Behauptung des Beklagten als richtig an, so hing es wieder vom Belieben des Klägers ab, ob er den Prozeß gegen den Beklagten fortsetzen wollte, oder ob er sich mit der Übertragung der Beklagtenrolle auf den Benannten unter Entlassung des Beklagten einverstanden erklären wollte. War er mit der Übernahme des Rechtsstreits durch den Benannten nicht einverstanden, so wurde der Beklagte von der Klage entbunden, dem Kläger blieb es überlassen, gegen den Benannten neu zu klagen (§ 40).

6. Das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen" vom 2. 1. 1863 gestattet die Urheberbenennung bei der Eigentums-, Negatorien- und Konfessorienklage. Sie erscheint als eine in das Belieben des Beklagten gestellte Prozeßeinrede: „kann die Eigentumsklage abwenden". Der Benannte sukzediert bei Übernahme des Prozesses in die Beklagtenrolle (§§ 320, 325, 534).

---

[4]) Krug S. 353; Franklin a. a. O. S. 19.

7. Die „Württembergische Zivilprozeßordnung" von 1868 (Art. 107—109, 335, 340, 344) und der „Hannoversche Entwurf" von 1868 (§§ 62—64) zeigen mannigfache Übereinstimmungen. Auch sie erklären wie das sächs. BGB. § 534 die Urheberbenennung für zulässig, wenn jemand wegen Ausübung einer Dienstbarkeit oder eines anderen dinglichen Rechts belangt wird, welches er in fremdem Namen auszuüben behauptet. Eine Besonderheit der württembergischen Prozeßordnung ist, daß sie die Urheberbenennung unter den prozeßhindernden Einreden im Art. 344 unter Ziffer 9 als „Nennung des wahren Besitzers" aufführt.

Die besonders in Betracht kommenden Bestimmungen der württembergischen Zivilprozeßordnung und des hannoverschen Entwurfs sind folgende[5]):

a) Gibt der Kläger sofort nach erfolgter Nomination die Behauptungen des Beklagten als richtig an: Entbindung des Beklagten von der Klage;

b) im Bestreitungsfalle: Zitation des Benannten;

c) bestätigt der Benannte das Vorbringen des Beklagten, so kann der Kläger gleichwohl gegen den letzteren weiter prozessieren, und dem Kläger bleibt dann nur die Möglichkeit der Nebenintervention;

d) erkennt der Kläger jetzt, nach erfolgter Erklärung des Urhebers, die Nomination als zu Recht vorgebracht an: Entbindung wie unter a;

e) wird der Beklagte im Falle zu a oder d von der Klage entbunden, so bleibt es dem Kläger vorbehalten, gegen den Benannten mit einer neuen Klage vorzugehen, wenn er sich mit dem Benannten über dessen Eintritt an die Stelle des Beklagten nicht vereinigt.

8. Mit den eben erörterten Vorschriften stimmen im wesentlichen auch die Bestimmungen folgender Prozeßgesetze über die Urheberbenennung überein:

a) der „Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Baden" von 1864 (§§ 124—127),

b) des „Entwurfes einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogtum Hessen" von 1856 (Art. 116—119),

c) der „Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern" von 1869 (Art. 74—77). Eigentümlich ist hier, daß ein Wechsel in der Beklagtenrolle aus-

---

[5]) Krug S. 406.

geschlossen ist, und daß der Beklagte kein Recht hat, die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern.

9. Der „Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preußischen Staat" von 1864 behandelt im 3. Titel des 4. Buches unter der Streitverkündung im § 744 auch die Urheberbenennung. Der § 744 lautet:

„Wenn der Beklagte, welcher auf Herausgabe einer Sache belangt ist, demjenigen den Streit verkündet, in dessen Namen er besitzt, um sich gegen einen Anspruch desselben wegen mangelhafter Prozeßführung zu schützen, so kommen außer den §§ 732 bis 743 folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1. Der Kläger ist befugt, nachträglich die Klage auch gegen den Dritten zu richten, ohne Unterschied, ob dieser der Streitverkündung Folge leistet oder nicht.
2. Wird von dem Dritten der Streitverkündung keine Folge geleistet oder die Behauptung, daß der Beklagte in seinem Namen besitzt, bestritten, so wird der Beklagte dem Dritten nicht verantwortlich, wenn er dem Anspruch des Klägers genügt und sich dadurch von der Klage befreit.
3. Wenn der Dritte die Behauptung des Beklagten bestätigt und die Klage nachträglich gegen ihn gerichtet wird, so ist der ursprünglich Beklagte auf sein Verlangen durch Urteil außer Prozeß zu setzen. In einem solchen Fall ist das Endurteil auch gegen ihn vollstreckbar".

Die Motive[6]) bemerken zu § 744 folgendes:

„Die Nomination, auf welche der § 744 sich bezieht, wird als Streitverkündung aufgefaßt, der jedoch eigentümliche Wirkungen beigelegt sind, so daß sie die Funktionen der Nomination nach preußischem und gemeinem Recht zu erfüllen vermag. Der Kläger wird für befugt erklärt, die Klage nachträglich auch gegen den Nominaten zu richten, dem Nominaten zugleich der Weg eröffnet, sich von jeder Verantwortung zu befreien und nach den Umständen des Falles aus dem Prozeß gänzlich auszuscheiden".

10. Die späteren Entwürfe[7]) bis zur Reichszivilprozeßordnung zeigen mit geringen Abweichungen die Urheberbenennung in einer Fassung, wie sie heute der § 76 ZPO. aufweist.

---

[6]) Mot. zu dem Entw. einer Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstr. für den preuß. Staat 1864 S. 189.

[7]) Entw. einer allgem. ZPO. für die deutschen Bundesstaaten, Wiesbaden 1867, § 62; der norddeutsche Entw. von 1869 §§ 113 f. und die „Entwürfe einer deutschen ZPO." von 1871, 1872 und 1874 im § 71.

So erscheinen auch die Bestimmungen der §§ 76, 77 ZPO. gleichsam als das Ergebnis einer Entwicklung, die davon ausging, daß das römische Recht, und zwar die l. 2 C. 3, 19, der Ursprung der Urheberbenennung ist. Wenn nun nachgewiesen ist, daß die Urheberbenennung, wie sie im gemeinen Recht gelehrt wurde, und wie sie dann in die neueren Prozeßgesetze übergegangen ist, nur irrtümlicherweise als ein Institut römischen Ursprungs aufgefaßt wurde, daß man tatsächlich ein deutsches Institut für ein römisches hielt, so muß anerkannt werden, daß auch die Urheberbenennung des geltenden Rechts, die auf jener Entwicklung fußt,[8]) deutschen Ursprungs ist.

---

[8]) Hahn, Materialien zur ZPO. Bd. 1 S. 182.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.